

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

De la

Propriété Immobilière en Droit Musulman

Son fondement - Ses caractères essentiels

THÈSE pour le DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue le 24 Mai 1924, à 1 h. 1/2.

par

BAQUÉ DE SARIAC

Président : M. GEORGES RIPERT, *Professeur*

Suffragants : { M. PERREAU
M. LÉVY-ULLMANN

E. DE BOCCARD, Éditeur
1, Rue de Medicis. — PARIS
— 1924 —

Thèse
Paris
1924.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

**De la Propriété Immobilière
en Droit Musulman.**

Son fondement. - Ses caractères essentiels

De la

Propriété Immobilière en Droit Musulman

Son fondement - Ses caractères essentiels

THÈSE pour le DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue le 24 Mai 1924, à 1 h. 1/2.

par

BAQUÉ DE SARIAC

Président : M. GEORGES RIPERT, *Professeur*

Suffragants : { M. PERREAU
 { M. LÉVY-ULLMANN

E. DE BOCCARD, Éditeur
1, Rue de Medicis. — PARIS
— 1924 —

INTRODUCTION

Aussi loin que l'on remonte dans le temps, on trouve les Arabes vivant en tribus, dans le désert.

Peuple de nomades, ils se livrent surtout au commerce et pratiquent l'élevage, déplaçant leur tente, sitôt que l'herbe devient rare à l'entour.

Les guerres sont fréquentes entre eux. La guerre, n'est-elle pas une des formes de la concurrence vitale?

Mille motifs sont là pour lui donner naissance... haines personnelles, vengeances, intérêts matériels, cupidités... Les points d'eau, plus particulièrement, en sont la cause. La tribu s'arrête, en effet, de préférence, dans leurs parages et les historiens nous rapportent que son premier soin, alors, est d'appréhender, après avoir dressé la tente, le territoire avoisinant. Elle le délimite avec des pierres et, sur cet espace, se considère, désormais, comme possédant un droit identique à celui qu'elle a sur ses troupeaux et sur les marchandises, qu'elle transporte.

Toutefois, ne serait-il pas illogique d'attribuer à cette société essentiellement mouvante, instable, la notion de la propriété immobilière? Cet Arabe, qui s'enorgueillit de n'être point « *fellah* » (1), n'aime-t-il pas trop

(1) Cultivateur vivant sur sa terre.

profondément la liberté, pour se river au sol définitivement? Le désert n'est-il pas « *la route?* »

Certes, et la terre intéresse la tribu dans la mesure seulement, où elle est susceptible de nourrir ses troupeaux. Le lien, qui existe entre elle et l'homme, ne peut être que passager. Il dure ce que dure le pâturage. Par lui-même, le sol est sans valeur, « *res vilis* ».

Il faut remarquer, cependant, qu'au moment où l'Arabie entre dans la lumière de l'histoire, soit au septième siècle de l'ère chrétienne, il est, à côté de la population nomade, la plus importante quant au nombre, une population sédentaire agricole, pour qui, par suite, la terre n'est plus chose vile, mais appréciable.

Quelle est l'origine de cet élément nouveau?

On a pensé qu'il résultait d'une évolution des Arabes nomades, au contact de peuples voisins attachés à l'agriculture et avec lesquels les nécessités du commerce les mettaient en relations. On a dit, d'autre part, que le commerce par caravane avait facilité l'immigration d'étrangers à l'intérieur de la Péninsule et que cette population stable n'était composée que d'immigrants (1).

Quoi qu'il en soit, il nous suffit d'en constater la présence au premier siècle de l'hégire, pour en déduire que la propriété immobilière n'était plus inconnue. Ces populations vivaient, en effet, de façon permanente sur les territoires, qu'elles s'étaient appropriés (2). Elles faisaient, de plus, quelques échanges,

(1) Cf. HUART : *Histoire des Arabes*, I, p. 39 à 42.

(2) C'était généralement les portions de terre irriguées.

mais toujours modestes, car elles étaient très pauvres.

Aussi, lorsque le Prophète se mit à lancer des expéditions guerrières, les dédaigna-t-il, pour diriger ses « *razzias* » contre les caravanes. Le motif, qui le poussait à employer ce procédé, aussi vieux que l'établissement des Arabes dans l'Arabie, était, d'abord, de se procurer de l'argent. Au fur et à mesure que son rôle de chef d'Etat s'affermissait, il en sentait toute l'impérieuse nécessité et sur les caravanes seules le butin à réaliser pouvait être copieux. C'était les marchandises, qu'elles transportaient, à l'aller : raisins secs, dattes, cuirs du Yemen, armes, bijoux... ou, au retour, les bénéfices de leur échange.

Ce ne fut que plus tard, sous le prétexte d'implanter chez elles la religion, qu'il révélait, que Mahomet se décida à attaquer les populations agricoles pauvres.

Et, de ce jour, le butin, qui, lors des premières expéditions, ne comprenait que des objets mobiliers, s'accrut de la terre, la seule richesse de ces populations.

A ses pratiques guerrières, d'ailleurs, le Prophète trouvait une justification dans les préceptes d'Allah : « Dieu est le maître de l'univers. A lui appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre (1). » Par conséquent, ce que détient l'infidèle, le non croyant, a été l'objet d'une usurpation, et Dieu en souffre. C'est un devoir, qui incombe aux musulmans, de le reprendre, pour mettre fin à ce préjudice.

(1) *Coran*, chap. IV, versets 125, 169 et chap. X, versets 56 et 67.

Ainsi, la conquête est une *reprise*. La langue, à cet égard, est particulièrement significative. Elle désigne, par « *fei* », le butin. Or ce terme signifie proprement « *retour* », impliquant cette idée, que nous exprimions, à savoir que les biens conquis appartiennent en droit aux musulmans, au peuple de Dieu et qu'ils lui reviennent par la conquête.

La terre fut donc comprise dans le butin.

Le Coran, en vérité, n'enseigne-t-il pas spécialement que « la terre est à Dieu, à son prophète et aux musulmans ». Bien plus, il dit : « La terre est à Dieu et il la donne en héritage à celui de ses serviteurs, qu'il veut (1). »

Ainsi, la propriété de la terre vient immédiatement de Dieu. Dieu la donne aux musulmans.

Ne la réserve-t-il pas aux musulmans seuls ?

L'affirmative s'impose, pour les premières années de l'hégire, tout au moins. L'infidèle, selon la loi musulmane, ne peut pas être propriétaire. C'est ainsi qu'aux origines de Rome la seule propriété connue, la propriété quiritaire, ne pouvait appartenir qu'aux citoyens romains.

Mais, de même que la loi de Rome, étant donné le nombre considérable des pérégrins soumis à la domination romaine, dut, pour faciliter leurs rapports avec les citoyens, leur reconnaître un droit à la propriété, de même la loi musulmane dût se départir de sa rigidité première.

(1) *Coran*, chap. VII, verset 125.

De très bonne heure, des traités laissèrent aux infidèles vaincus la propriété de leurs terres. On permit ensuite au *dhimmi*, c'est-à-dire à l'infidèle protégé, d'acquérir une *terre de dîme*. Nous verrons, plus loin, que la dîme est la véritable marque de la propriété (1).

L'étranger, seul, en demeura exclu et cette exclusion s'est maintenue, puisqu'il a fallu en Turquie la loi de 1867 pour la faire disparaître (2).

Mais, ces dérogations pratiques exposées, le principe n'en demeure pas moins. La communauté musulmane tient sa propriété de Dieu. Il ne suffit pas d'attribuer aux versets du Coran, que nous avons cités, cette seule idée philosophique, que la propriété éternelle est l'attribut de Dieu (3). Le Coran n'est pas seulement, à l'instar de la Tora ou de l'Évangile, une loi reli-

(1) Une surtaxe, à la vérité, était imposée à l'infidèle protégé et les auteurs même ne s'accordent pas sur la nature à lui attribuer. Pour les uns il s'agit, en effet, d'une double dîme; les autres y voient le Kharadj.

(2) Le *Hatti Humayoun* de 1856 avait déjà concédé le principe du droit de propriété immobilière aux étrangers établis dans l'empire ottoman : « Comme les lois, qui régissent l'achat, la vente et la possession des propriétés immobilières, sont communes à tous les sujets ottomans, il est également permis aux étrangers de posséder des immeubles, en se conformant aux lois du pays et aux règlements de police locale, et en acquittant les mêmes droits que les indigènes, après, toutefois, les arrangements, qui auront lieu entre mon Gouvernement et les Puissances étrangères. » Ainsi dispose son article 27.

L'iradé du 13 *sef* 1284 (16 juin 1867) en détermina les conditions (DUSTOUR, vol. II, p. 230) : « Les étrangers sont admis, au même titre que les sujets ottomans et sans autre condition, à jouir du droit de propriété des immeubles urbains ou ruraux dans toute l'étendue de l'Empire, à l'exception de la province de l'Hedjaz... »

G. YOUNG : *Corps de droit ottoman*, t. I, p. 334 et suivantes.

(3) En ce sens : LOUSSARARIAN : *Histoire et Théorie de la propriété foncière en droit public ottoman*, 1912, p. 49 et 50.

gieuse. Il est aussi une *loi civile* et ses versets disent le *droit positif*.

Dieu a, sur toutes choses, un véritable *dominium*, mais il abandonne, en quelque sorte, le profit de son droit, en faveur de son peuple, les musulmans.

Quant aux individus, ils tiennent leur droit de propriété, soit d'une concession du souverain représentant de Dieu, intervenant après la conquête, soit d'une vivification conforme à la loi religieuse.

La guerre et le travail, telles sont, pour les individus, les deux sources de la propriété immobilière. Nous les étudierons dans la première partie de notre exposé; dans une seconde partie, nous envisagerons les caractères essentiels de cette propriété immobilière.

CHAPITRE PREMIER

LA CONQUÊTE

I

Il est indiscutable que la conquête, en droit musulman, constitue la source la plus importante de la propriété immobilière.

A l'exception de *Médineh* (1), où le Prophète était allé se réfugier, tout l'empire musulman fut conquis par les armes.

Mais la guerre est, avant toutes choses, le moyen d'imposer la religion d'Allah et de son apôtre, aussi les principes, qui la dominent, se trouvent-ils dans la loi de Dieu. Or, il est dit au Coran : « Appelle à la voie de ton Seigneur par la Sagesse et de bons avertissements et argumente contre eux, à l'aide de ce qui vaut mieux (2). »

Il est donc interdit d'attaquer l'ennemi par surprise

(1) *Medineh*, en arabe, signifie : *ville*. De plus, grammaticalement, ce mot est le locatif de la forme : *mef' ileh*, du mot *dine*, religion.

(2) *Coran*, chap. XVI, verset 126.

et l'on ne peut « employer inopinément le fer et le feu contre lui, en débutant par des massacres avant de l'avoir appelé à l'Islam et de lui avoir fait connaître de quoi, d'entre les miracles prophétiques et la manifestation de l'Argument Péremptoire, provoquer son adhésion (1) ».

Abd-Allah ben Abbas nous rapporte, d'ailleurs, que « jamais le Prophète n'a combattu de groupe d'hommes, sans lui avoir adressé une invitation en cette forme : « Je vous appelle à l'Islam; si vous y venez, « vous aurez les mêmes droits et les mêmes charges « que nous; si vous refusez, versez-nous tous humblement la capitation; si vous refusez encore, nous vous « combattrons (2). »

Par conséquent, si l'infidèle, avant tout combat, répond à l'invitation qui lui est faite et se convertit, il est musulman et libre. Il a « les mêmes droits et les mêmes charges... », est-il dit. Ainsi, il conserve sa terre en pleine propriété.

Du seul fait de son « islamisation » il se trouve sur un pied d'égalité avec l'ancien musulman. Au même titre que lui, il fait partie désormais du peuple d'Allah et, comme lui, il est maître absolu de ses territoires et de ses biens : « J'ai reçu l'ordre, a dit le Prophète, de combattre les hommes jusqu'à ce qu'ils proclament qu'il n'y a de divinité qu'Allah..., mais, quand ils

(1) EL. MAWERDI : *Les statuts gouvernementaux ou règles du droit public et administratif*, traduits et annotés par E. FAGNAN, p. 76.

(2) ABOU YOUSOF : *Le livre de l'impôt foncier*, traduit et annoté par E. FAGNAN, p. 296.

l'ont fait, ils sauvegardent ainsi leurs vies et leurs biens. Leurs terres sont alors terres de dîme, de la même façon qu'à Médine où les habitants se convertirent lors de la venue du Prophète et dont la terre est de dîme. Il en fut de même pour Ta'if et le Bahreyn (1). »

Van Berchem à ce sujet remarque : « Le droit de conquête, étant basé sur l'antagonisme religieux, les vaincus, qui embrassaient immédiatement l'islamisme, gardaient la propriété de leurs biens et contribuaient à grossir la classe des propriétaires fonciers musulmans (2). »

Dès lors, l'infidèle demeure propriétaire, parce qu'il est devenu musulman. Il y a une concordance parfaite nécessaire entre la qualité de musulman et celle de propriétaire foncier, ou, plus exactement, il existe un lien de subordination qui soumet la seconde à la première.

Mais nous n'avons envisagé que l'hypothèse, où la conversion intervient avant tout combat. L'Imam, le chef, a invité l'ennemi à reconnaître son erreur et à embrasser la religion vraie, l'Islamisme, et celui-ci, sans résister, a accepté.

Or, en fait, cette conversion peut ne pas être aussi immédiate et intervenir une fois la lutte engagée. L'infidèle, en effet, ne se rend pas toujours aux invitations de l'Imam. Il y a donc un combat et ce n'est que dans

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 94.

(2) VAN BERCHEM : *La propriété territoriale et l'impôt foncier sous les premiers califes. Etude sur l'impôt du Kharadj* (thèse présentée à l'Université de Leipzig).

le cours de la lutte, voire même à la fin, qu'il se convertit.

Son retour à Dieu présente ainsi quelque retard. Il s'agit de savoir quelles en seront les conséquences. Ne doivent-elles pas différer de celles que nous avons envisagées dans le premier cas?

Abou Hanifa semble consacrer cette thèse : tous les biens immobiliers de l'infidèle, terres et maisons, deviendraient du butin et feraient partie du fey.

Cette doctrine, cependant, n'est-elle pas en contradiction avec la tradition elle-même? « Dans la campagne contre les Benou Koreyda, la conversion des deux frères juifs Tha'leba et Asid, fils de Sa'Ya, eut pour effet de sauvegarder leurs richesses (1). » Ce terme de richesses, ici, est bien général et comprend tant les biens immobiliers, « terres et maisons », que les objets mobiliers. Dans le paragraphe précédent, d'ailleurs, El Mawerdi formulait la règle : « Si, au cours de la lutte, une troupe, nombreuse ou non, se déclarait musulmane, cela suffirait à garantir à ceux, qui la composent, la terre et les biens, qu'ils ont en pays de guerre. La conquête de celui-ci ne transforme pas en butin les biens de ceux qui se sont faits musulmans. » N'est-ce point là la condamnation formelle de la doctrine hanéfite?

Bien plus, cette doctrine s'oppose encore au Coran et à la parole du Prophète, au Coran, qui stipule en faveur de tous les musulmans, sans aucune distinction, une égalité parfaite, — à cette parole du Prophète aux ter-

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 99.

mes de laquelle « sont inviolables le sang et les biens de l'infidèle, sitôt qu'il proclame qu'il n'y a d'autre divinité qu'Allah », parole dont la portée est absolue et qui ne permet pas d'établir une différence, suivant le moment où intervient cette proclamation.

Nous pouvons donc conclure, en dépit de la doctrine hanéfite, pour le maintien, en faveur des convertis, de leur droit de propriété, quelles que soient les circonstances de leur conversion, quelle intervienne avant, pendant ou après le combat. Dieu a pour son peuple un amour égal. Il ne saurait, alors que les hommes reviennent à lui, reprendre aux uns ce qu'il conserve aux autres.

L'infidèle, toutefois, peut persister dans son erreur et ne pas se convertir. La guerre, dans ce cas, doit se poursuivre. Le croyant doit, en effet, continuer la lutte, tant que cela lui est possible, afin de soutenir toujours la religion d'Allah et de la rendre victorieuse.

II

La guerre sainte pourtant n'est pas désintéressée. Certes, le musulman, qui combat, n'a pas pour unique but la réalisation de bénéfices, l'acquisition d'un butin, mais le butin n'en est pas moins licite. Il est dit au Coran : « Celui qui recherche une récompense mondaine, nous la lui donnerons telle, celui qui recherche une récompense céleste, nous la lui donnerons telle (1). » Nous verrons plus loin comment il faut

(1) *Coran*, chap. III, verset 139.

entendre cette donation. El Mawerdi explique que : « la récompense mondaine c'est le butin, la récompense céleste c'est le paradis. Allah a ainsi encouragé les uns et les autres pour les exciter à qui mieux mieux (1). »

N'est-il pas toute une philosophie, qui voit dans l'intérêt la véritable base des actions humaines?

De fait, après toute conquête, le butin, réserve faite d'un quint, était l'objet d'un partage entre les combattants vainqueurs.

Et la terre, au même titre que tous les autres biens composant le butin, subissait ce partage. Nous avons vu dans notre introduction comment, *res vilis* à l'origine, elle était devenue appréciable. El Mawerdi, dans l'énumération, qu'il donne des catégories de biens comprises dans le butin, ne manque pas de mentionner le sol (2).

Conquis par la force, il est donc distribué entre les guerriers : « Toute terre, dont l'Imam est devenu maître par la force, peut être, s'il le juge bon, car il a toute liberté à cet égard, partagée entre lui et ceux qui l'ont conquise et alors elle devient terre de dîme, ou, s'il y voit avantage, être laissée dans la possession des habitants, ainsi que fit Omar ben-el-Khattab pour le Sawad et alors elle devient terre de Kharadj (3). »

Nous avons dans ce texte l'exposé de deux politiques, que peut suivre l'Imam, à son gré : « Il a toute liberté à cet égard ». L'auteur observe cependant que

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 87.

(2) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 276.

(3) ABOÛ YOUSOF, *op. cit.*, p. 95.

le second système, à savoir le maintien des habitants sur leur terre, remonte seulement à *Omar ben-el-Khattab*, lors de la conquête du Sawad. Le partage des terres était la seule politique connue auparavant : « Tout pays infidèle, dont l'Imam s'empare de force, doit être partagé entre les musulmans de la même façon que le Prophète, après la conquête, partagea entre les fidèles... ou bien l'Imam peut confirmer les indigènes dans le pays, de la même façon que fit Omar, lors de la conquête du Sawad : imposition du Djezia pour leurs personnes et du Kharadj pour leurs terres (1). »

Ainsi, aux premières heures de l'Islam, les habitants infidèles des terres conquises sont expropriés et le partage de leurs territoires est effectué par l'Imam, agissant comme représentant de Dieu. C'est à Dieu, en effet, que, par suite de la conquête, les terres ont fait retour. C'est lui, par conséquent, qui les donne aux musulmans, par le ministère de son représentant, véritable mandataire : « Celui qui recherche une récompense mondaine, nous la lui donnerons telle (2). »

Ce partage réalisé, les terres se trouvent désormais terres de dîme. Les musulmans donataires en ont la pleine propriété. N'est-il pas dit dans l'Écriture que « Dieu a créé pour eux tout ce qui est sur la terre » ? Telle fut donc la première politique du vainqueur musulman.

(1) BELIN : *Journal asiatique*, 1861, II, p. 404.

(2) *Coran*, III, 139.

III

Or, de très bonne heure, on ne partagea plus que le « *fei* » *mobilier*. Les terres, au lieu d'être distribuées entre les croyants, furent laissées en la possession de leurs anciens habitants vaincus, moyennant une redevance appelée « Kharadj », C'était là le système qu'avait adopté Omar ben-el-Khattab. Le texte d'Abou Yousof est très clair : « ...Ou, si l'Imam y voit avantage, la terre peut être laissée dans la possession des habitants, ainsi que fit Omar ben-el-Khattab pour le Sawad, et alors elle devient terre de Kharadj. »

Il nous faut remarquer avec quelle prudente sagesse l'idée nouvelle était émise. Le texte, que nous venons de rapporter, est caractéristique. Abou Yousof vivait, en effet, à cette époque même où, dans la politique du vainqueur musulman, s'opérait la transformation (1). Imposé brutalement, le nouveau régime était une révolution. L'Imam conserva donc la faculté de partager le sol entre ses compagnons d'armes, tout en se reconnaissant le droit de procéder autrement et de laisser les anciens habitants en possession de leurs terres dans le cas où il y percevrait un avantage. C'était là l'exception. Elle devait évoluer, s'étendre peu à peu pour se substituer au principe ancien, car, en fait, méthodiquement, l'Imam voyait toujours un avantage à l'appliquer.

(1) Abou Yousof Ya'Koub ben Ibrahim Ançari naquit à Koufa en 113 de l'hégire et mourut en 182.

La terre conquise restait aux mains de ses possesseurs infidèles et devenait *terre de Kharadj*.

Le droit de propriété se trouve de la sorte *immobilisé* au profit de la communauté musulmane. L'infidèle n'a que *la possession*. Il est un fermier. La terre, en effet, étant à Dieu, la loi musulmane ne saurait en concevoir la propriété au bénéfice d'un infidèle. Seuls les croyants, les musulmans ont des droits naturels, imprescriptibles et sacrés. Il n'est pas de droit qui n'émane directement de la volonté de Dieu. L'Imam qui, après la conquête, partageait entre ses soldats vainqueurs les territoires, dont il venait de se rendre maître, agissait à titre de mandataire de Dieu. Il opérait alors une distribution en faveur des croyants.

Comment admettre qu'il agisse au même titre en faveur de l'ennemi mécréant? Dieu, qui a fait un devoir à ses créatures de combattre l'infidèle (1), peut-il confirmer ses usurpations? Ce serait là une contradiction trop violente.

Lors de la conquête du Sawad, les anciens habitants ne furent maintenus sur le sol qu'en la qualité de *possesseurs*. Abou Yousof le spécifie dans l'énoncé du principe : « La terre peut être laissée dans la possession des habitants (2). »

En vérité, Omar suivait en cela l'exemple du Prophète qui, maintes fois, avait maintenu ainsi, sur leurs terres, des populations restées fidèles à leur religion.

(1) « J'ai reçu l'ordre... » disait le Prophète. Voir plus haut, p. 14.

(2) Voir plus haut, p. 18.

Nous n'en voulons d'autre preuve que sa politique à l'égard des habitants des terres, qu'il annexait. Ceux-ci conservaient le droit de les occuper et de les cultiver, et ce droit était même à ce point réel que, lorsqu'il chassa d'Arabie tous les non-musulmans, Omar fut obligé de leur assigner des terres en Syrie et en Mésopotamie.

Cependant, pour si réel qu'il fut, ce droit n'était qu'un *droit d'occupation*, de domaine utile. Les titulaires infidèles, le tenaient « *des musulmans* », moyennant une redevance, que Mahomet avait fixée, lui-même, à la moitié de la récolte. Quant au droit de propriété, de domaine éminent, il appartenait à la communauté musulmane : celle-ci l'affirmait.

Dans son étude sur la propriété territoriale, Van Berchem, explique comment se réglaient les rapports des cultivateurs non croyants avec le Prophète. Les contrats, qui les établissaient, étaient appelés : « *mo'amala* » ou encore « *mosaquat* ». Or « ces termes juridiques, dit-il, désignent à l'origine des contrats passés pour la culture d'une terre entre deux parties, soit entre un propriétaire et un fermier, soit entre l'Etat et les cultivateurs de ses domaines (1) ».

Les mots eux-mêmes confirment donc notre doctrine. Les cultivateurs non croyants des territoires annexés n'avaient pas le droit de propriété.

Bien plus, le Prophète avait encore conclu, avec certains pays infidèles, des traités d'alliance. Raisons économiques, nécessité pour l'Empire musulman, car il

(1) VAN BERCHEM, *op. cit.*

est dit au Coran : « N'invitez pas les infidèles à la paix, quand vous êtes les plus forts (1). » Le devoir de l'Imam, tant qu'il y aura un infidèle sur la terre, est, en effet, de l'obliger, s'il ne veut se convertir, à se soumettre à l'autorité du Coran, la seule légitime. Bref, Mahomet avait dû conclure des trêves avec certains états et, moyennant le paiement d'une capitation, la « *djezia* », il avait accordé à leurs habitants à la fois la sauvegarde de leurs personnes, la liberté religieuse et la possession de leurs biens.

Leur avait-il laissé la pleine propriété de leurs terres?

Les habitants de ces pays alliés versaient aux musulmans, en plus de la capitalisation ou *djezia*, une redevance proportionnelle à leurs récoltes. La situation est-elle donc différente de celle que nous avons constatée dans les terres annexées? Pour ces dernières, nous avons montré que la redevance payée constituait la reconnaissance formelle du droit éminent de propriété de la communauté musulmane. Dès lors, il faut observer, si l'on veut soutenir que les peuples alliés conservent la propriété de leurs terres, qu'ils n'en conservent, à l'origine tout au moins, que la propriété utile, à charge de verser aux musulmans un tribut annuel.

Ce tribut, toutefois, présente un caractère particulier; il frappe moins la terre que l'infidèle : « Le *Kharadj* n'est autre chose qu'une capitation, qu'ils acquit-

(1) *Coran*, XLVII, 37.

tent, tant qu'ils restent polythéistes et dont leur conversion les décharge (1). »

Mais, quoi qu'il en soit, le principe demeure. La loi musulmane ne reconnaît pas à l'infidèle la qualité de propriétaire.

Telle est la conclusion, que l'on dégage, après avoir examiné la situation de ces peuples protégés par l'Islam aux termes de traités.

Pourrait-on concevoir, alors, que les habitants des pays conquis par la force, aient leurs droits consolidés pleinement et, par suite, soient placés dans une situation meilleure que ceux des territoires annexés ou des pays alliés?

Et pourtant, il est un texte d'Abou Yousof d'après lequel : « Les vaincus ont la pleine propriété des terres de Kharadj; ils les transmettent par héritage et par contrat (2). » Mais ce texte trouve son explication dans l'évolution même de la théorie du Kharadj.

El Mawerdi (3), dans son chapitre consacré au « Butin », nous en rapporte le tracé : « Quant aux terres dont les musulmans se rendent maîtres, elles se divisent en trois catégories : 1° celles qui sont conquises par force et violence, de sorte que les vaincus les abandonnent parce qu'ils sont soit tués, soit faits prisonniers ou parce qu'ils émigrent. Les juristes diffèrent sur le caractère à leur reconnaître à la suite de la conquête. D'après Shafei, elles constituent un butin

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 311.

(2) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 95.

(3) El Mawerdi naquit à Bacra et mourut en 450 de l'hégire à Bagdad.

au même titre que les autres valeurs et se partagent entre les capteurs à moins que ceux-ci, montrant de la générosité, n'y renoncent et alors ces terres sont immobilisées dans des buts d'utilité publique. D'après Malek, elles sont immobilisées au profit des musulmans au moment où elles forment butin et elles ne peuvent être l'objet d'un partage entre les capteurs. D'après Abou Hanifa, l'Imam a le choix entre ces divers partis : les partager entre les capteurs et alors elles deviennent terres de dîme; — les remettre entre les mains des polythéistes en les frappant du Kharadj; elles deviennent alors terres de Kharadj et les infidèles qui les occupent sont tributaires; — les immobiliser au profit de l'ensemble des musulmans et alors ces terres deviennent territoire d'Islam soit que des musulmans les occupent, soit que les polythéistes y soient réinstallés parce que la propriété en appartient aux musulmans (1). »

Ces différentes doctrines sont comme autant d'étapes à l'histoire du Kharadj.

En effet, lorsque le Prophète eut conquis Khaybar, les habitants lui parlèrent ainsi : « O Mohammed, nous autres, qui détenons ces terres, nous les connaissons mieux que vous; traitez donc avec nous à leur sujet. » C'est ce que fit le Prophète. Il leur en concéda la culture à mi-fruits, mais en se réservant la faculté de les expulser à sa convenance. De même à Fadak : « Aux habitants de Fadak, qui eurent connaissance de cet

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 289.

arrangement, le Prophète envoya Mohayca ben Mas'oud et ils subirent les mêmes conditions que ceux de Khaybar (1). »

Si le Prophète agit de la sorte, c'est, d'après Beladhori, « pour la raison qu'il n'avait pas sous la main d'esclaves à qui confier la culture de ces territoires et, d'autre part, que les musulmans, à qui ces terres revenaient, ne pouvaient s'en charger eux-mêmes, vu leur inexpérience en matière d'agriculture (2) ». Il était donc astreint à ce procédé par des conditions économiques et pratiques.

Et Quorasi explique, à l'appui de cette thèse, que les musulmans primitifs étaient, avant tout, des citadins : « C'est là, dit-il, la cause véritable de ces domaines d'état cultivés par les anciens possesseurs du sol. »

D'ailleurs, quelle que soit la raison, qui poussa le Prophète à adopter ce système, il nous suffit de remarquer qu'il l'a pratiqué. Nous devons ajouter, cependant, qu'il se borna à l'appliquer sous la forme de contrats, à titre *exceptionnel*, tandis que la règle demeurerait le partage des terres entre les combattants vainqueurs en toute propriété.

IV

Aussi, ce fut une grande *innovation* de la part d'Omar, de convertir tout le sol conquis en *waqf* pour

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 78.

(2) BELADHORI : *Liber expugnationis regionum*, p. 24.

maintenir partout les anciens habitants avec l'obligation (nous le verrons) de cultiver.

Cette innovation, même, était telle que, de toutes parts; des protestations s'élevèrent. Le musulman vainqueur considérait, comme un droit lui appartenant, le partage des terres prises de force. Et, à ce sujet, Abou Yousof rapporte l'insistance avec laquelle les guerriers le réclamèrent à Omar.

Or, Omar écrivit à Sa'd ben Abou Wakkac, à la suite de la conquête de l'Irak : « J'ai reçu la lettre où tu me dis que les troupes t'ont réclamé le partage du butin et de ce qu'Allah leur a fait revenir... Laisse les terres et les rivières à ceux qui les font valoir... Si tu les partageais entre ceux qui t'entourent, il ne te resterait rien pour ceux qui viendront après eux (1). »

C'est par cette considération, qu'il justifie sa politique : *il faut réserver des biens à l'ensemble de la communauté musulmane*. Et, à chaque nouvelle conquête, comme les protestations s'élèvent aussi ardentes, il affirme le même désir, base de son système : « Certains veulent la reconnaissance de leurs droits et le partage de leurs conquêtes. Mais alors qu'elle sera, à l'avenir, la situation des musulmans, qui trouveront le sol et ses habitants devenus, par suite d'un partage antérieur, des propriétés héréditaires et détenues par des possesseurs?... Quand j'aurai fait la répartition du sol de l'Irak... du sol de la Syrie... comment pourvoir à la défense des places frontières?... » Et, comme

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 38.

les combattants insistaient : « Vas-tu immobiliser ce qu'Allah nous a fait revenir grâce à nos épées, au profit des gens qui n'ont pas participé à nos combats et ne les ont pas vus, ainsi qu'à leurs fils et leurs petits-fils qui n'y ont pas davantage assisté? » — Il fit appeler dix des plus âgés et des plus respectables parmi les Ancar à qui il s'adressa en ces termes : « ...Allah me garde de commettre aucune injustice... J'ai fait le partage des richesses mobilières entre ceux qui les avaient conquises... J'ai cru devoir réserver le sol et ses habitants et imposer à ceux-ci le Kharadj à raison de la terre et la capitation à titre d'impôt personnel sur chaque tête... Pensez-vous que ces frontières puissent se passer de guerriers qui s'y fixent? Pensez-vous que ces grands pays, la Syrie, la Mésopotamie, Koufa, Bacra, Micr, ne doivent pas être couverts de troupes, qu'il faut largement rémunérer? D'où tirer cette solde, si l'on fait le partage du sol et de ceux qui l'habitent, » — « C'est ta décision qui est la bonne, s'écria-t-on, d'une voix unanime, tu as bien parlé et bien jugé. » Et, aussitôt, on désigna Othman ben Honeyf pour « accomplir ce qu'il y avait de plus délicat dans cette opération (1) ».

Ainsi, il faut empêcher l'infidèle de reconquérir le pays, qu'il a abandonné. Les troupes, pour cela, sont indispensables. Il est prudent alors de ne pas attacher au sol les guerriers (2). Et c'est là toute la raison de la politique d'Omar.

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 39, 40 et 41.

(2) AHMED SAKKA : *De la souveraineté dans le droit public musulman sunnite*, p. 94 : « Les terres... au lieu d'être partagées entre les citoyens — tous soldats — ce qui aurait

Bien plus, pour continuer la guerre, l'argent est aussi nécessaire que le soldat. Or, partagées entre des musulmans les terres conquises deviennent terres de dîme. Est-il besoin de remarquer combien, en tant que source de revenus, la dîme est peu abondante. Elle constitue, certes, le seul prélèvement que le musulman ait à supporter sur ses biens : « Il n'y a pas sur les biens d'autre charge que la Zekat (1) », a dit le Prophète, et, d'autre part, il n'est pas permis à l'homme « croyant en Dieu et au jour suprême » de s'y soustraire : « Rien ne permet au musulman d'échapper à la Zekat, la prière ne lui sert de rien (2). » En fait, cependant, il se dispense le plus souvent d'en effectuer le versement. Et, à la vérité, la chose lui est bien facilitée. La dîme fait partie du *droit d'aumône* institué par le Coran. Mais, aux yeux des musulmans, l'aumône n'est pas un impôt à proprement parler. C'est un *devoir moral* et surtout religieux et la sanction de sa non observation en est reportée, de ce fait, au jour du jugement dernier. Aussi, comme chacun a la faculté d'apprécier lui-même la quotité de l'impôt, qui pèse sur lui et la liberté de le distribuer en aumônes, qui lui conviennent, comme le serment suffit à lui seul à prouver la réalité du verse-

menacé l'armée de dispersion et contribué à amollir les vertus guerrières de ces nomades devenus propriétaires fonciers, ces terres furent déclarées biens de jouissance collective... Pour conserver son armée intacte Omar défendit même à ses soldats de s'établir dans ce domaine national. » Sur cette dernière idée, voir plus loin, p. 40.

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 239.

(2) Cf. ABOU YOUSOF qui rapporte le dire d'Abd Allâh ben Mas'oud, *op. cit.*, p. 120.

ment, le parjure est d'autant plus fréquent, que son châtement est plus lointain.

Le Kharadj est, au contraire, une source féconde de revenus. N'étant plus une simple aumône, mais *un impôt*, il doit être versé entre les mains du percepteur et le dire du contribuable, qui prétend l'avoir déjà payé, ne fait pas foi : « Quand le contribuable prétend avoir payé le Kharadj son dire ne fait pas foi, tandis que c'est le contraire quand il prétend avoir payé la dîme (1). » Il en résulte cette moralité que le versement du Kharadj est certain.

Enfin, tandis que l'évaluation de la dîme est laissée à la libre appréciation du contribuable, celle du Kharadj est imposée par l'Imam. Il est entendu que celui-ci doit agir sagement, équitablement, dans cette fixation : le Kharadj ne doit jamais grever, au delà de leurs forces, ceux qui y sont assujettis. C'est ainsi qu'Omar disait à Othman et à Hodheyfa, qui venaient lui rendre compte de leur mission concernant le sol de l'Irak : « Peut-être avez-vous imposé à la terre ce qu'elle ne peut supporter », et ceux-ci de lui répondre : « Nous avons imposé à la terre une charge à laquelle elle peut faire face (2). »

Ces préoccupations, toutefois, furent personnelles à Omar et ses successeurs ne s'en embarrassèrent pas. L'Imam a, en fait, le droit de majorer ou de diminuer le Kharadj, suivant ce qu'il estime bon. Il suffit. L'impôt, dans la suite, fut majoré, souvent dans des propor-

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 320.

(2) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 59.

tions qui dépassaient la force des contribuables, témoin la situation misérable de ces « *rayas* ».

Toutes ces raisons justifiaient l'établissement d'un nouveau système. Omar substitua donc, en pratique, au partage des terres conquises, *leur mise en waqf*.

V

Or, que faut-il entendre, exactement par *mise en waqf* du sol conquis? La doctrine musulmane considère en effet la terre de Kharadj comme constituant un *waqf* ou *habous* au profit de la communauté musulmane.

M. Milliot, dans son ouvrage sur les *Terres collectives dans la législation marocaine*, conteste au *waqf* le caractère d'un *habous*. « Comment concevoir, dit-il, ce *habous* au profit de la communauté musulmane? Attendu que le constituant ne peut être que l'ancien propriétaire, comment admettre qu'il s'est dépouillé au profit de la communauté musulmane? »

Nous avons montré, plus haut, que le seul maître du sol conquis était Dieu et que la conquête n'était autre chose que la reprise d'un bien usurpé. Lorsque l'Imam, après la conquête, partage, entre ses compagnons d'armes, les territoires, que détenait le peuple infidèle, il agit non pas en son nom propre, mais comme représentant et mandataire de Dieu. Il exécute une donation de Dieu. « Celui qui recherche une récom-

pense mondaine, nous la lui donnerons telle » est-il dit au Coran (1).

Dès lors, l'argument tombe. Pourquoi parler d'une constitution de habous faite par l'ancien propriétaire? Cet ancien propriétaire, aux yeux de la loi musulmane, n'a jamais eu de droits sur la terre, qu'il possédait. Il ne peut, par conséquent, en concéder. Il est *un usurpateur*.

A dire vrai, nous considérons que le *waqf* n'est pas un habous et que, si le terme est employé par certains auteurs, c'est seulement à titre d'image. La mise en *waqf* par Omar de tout le sol conquis, constitue une immobilisation, *un séquestre*, au profit de la communauté musulmane, personne morale.

Dans le chapitre qu'il consacre au Kharadj, El Mawerdi le dit, d'ailleurs, textuellement : « Les terres sont immobilisées pour des buts d'utilité publique des musulmans... et le domaine éminent du sol ne peut être aliéné à raison des règles, qui régissent les immobilisations (2). »

Est-ce à dire que ce domaine éminent appartient aux *musulmans*? Rien ne permet de l'affirmer. Des expressions mêmes employées par les docteurs de l'Islam, on peut uniquement déduire que ces *musulmans* ont le *profit*, l'*utilité*. Les terres leur sont affectées; elles sont séquestrées dans leur intérêt.

Quant au *droit pur* de propriété, au domaine éminent, nous pensons qu'il reste à Dieu, à qui il a fait

(1) Cf. plus haut, p. 17.

(2) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 310.

retour par la conquête. Et nous trouvons là la véritable justification du caractère définitif du séquestre, « Allah étant toujours en vie et ne devant pas mourir ».

Au reste, pourquoi attribuer au seul changement de politique de l'Imam la valeur de toute une révolution dans les lois de la conquête. Nous en savons les motifs. La conquête n'en demeure pas moins une reprise et, de ce que les terres, au lieu d'être distribuées en pleine propriété aux musulmans vainqueurs, sont laissées à titre de subsistance, de secours, aux mains de leurs possesseurs vaincus, Dieu doit-il, à nouveau, perdre son droit? Lors du partage des terres, l'Imam effectuait une donation de Dieu. Désormais, Dieu conserve son droit de propriété par devers lui; il n'en abdique que le profit en faveur de son peuple.

Et à l'appui de notre thèse, vient la définition même que la *Moultequa* donne du waqf : « C'est la chose dont la propriété est exclusivement réservée à Dieu, avec l'intention que la jouissance en profite à ses créatures (1). »

Bien plus, notre doctrine est en harmonie parfaite avec les textes : « La terre est à Dieu, à son prophète et aux musulmans. » — « Ce qu'Allah a fait revenir des habitants des bourgades à son Envoyé, appartient à Allah et à l'Envoyé, aux proches, aux orphelins, aux pauvres et aux voyageurs, pour que cela ne soit pas une chose qui passe successivement aux riches d'entre vous (2). »

(1) WORMS : *Journal asiatique*, 1842, p. 396.

(2) *Coran*, LIX, 7.

La terre de Kharadj est donc à jamais insusceptible d'un acte révélant chez l'individu un droit de propriété; elle ne peut, à aucun moment, faire l'objet d'une mutation quelconque. Son immobilisation est *perpétuelle*. Seul son usufruit est disponible : « Dans les terres de Kharadj, l'iktaa du fonds n'est pas possible... le fonds de la terre est waqf et le Kharadj, qu'elle paie, est un loyer et la chose instituée waqf ne peut redevenir la possession héréditaire de personne, ni par vente, ni par donation (1). »

Par suite, le Kharadj, c'est-à-dire l'impôt, qui la frappe, est *perpétuel* et le possesseur ne saurait en être libéré jamais. Ce Kharadj, n'est-il pas avant tout *un loyer*. « Le domaine éminent constitue une immobilisation et le Kharadj un loyer (2). » Il constitue, en somme, la reconnaissance de ce droit, dont l'utilité seule est réservée aux musulmans.

Et, dans cet ordre d'idées, Van Berchem remarque que le mot « Kharadj » est un vieux mot arabe, qui signifiait, à l'origine : « *revenu* » et, plus particulièrement, « *revenu de la terre* ».

Le revenu de la terre étant le facteur principal de l'impôt foncier, le mot Kharadj a fini, tout naturellement, par désigner cet impôt lui-même.

A quel moment a-t-il pris cette signification?

Dans le Coran il n'est employé qu'une fois et encore n'est-ce point avec le sens d'impôt foncier. Mais Van Berchem signale cette particularité qu'il existe dans

(1) EL MAWERDI, traduction de Worms, p. 205.

(2) EL MAWERDI, traduction de FAGNAN, p. 417.

le Talmud un mot : « *Karga* », qui a le sens de capitation, au lieu que l'impôt foncier y est appelé : « *taqsa* ». Kharadj et Karga sont évidemment les deux formes d'un même mot et Van Berchem démontre, en analysant les deux termes, que le mot du Talmud a été emprunté au vocabulaire arabe (1).

Quant à la contradiction de leurs significations, elle s'explique chronologiquement : Kharadj, en effet, a désigné pendant longtemps la capitation et l'impôt foncier indifféremment; il désigne encore aujourd'hui en Turquie la capitation (2).

Mais, pour autre preuve, rappelons que, suivant certains traités passés avec les polythéistes, nombre de ceux-ci conservaient la propriété de leurs terres, moyennant le paiement à la communauté musulmane d'un tribut fixe, portant le nom de Kharadj, bien que présentant tous les caractères de la capitation. C'est ainsi qu'il cessait d'être dû par la conversion à l'islamisme : « Ce Kharadj n'est autre chose qu'une capitation, qu'ils acquittent tant qu'ils restent polythéistes et dont leur conversion les décharge (3). »

Pour quelle raison ce tribut avait-il nom de Kharadj et non de djezia? D'après Pouyanne sa quotité devait être supérieure à celle de la djezia ordinaire et, d'autre part; la djezia proprement dite n'était pas perçue sur les alliés, dans l'organisation intérieure desquels les conquérants n'avaient pas à intervenir (4).

(1) VAN BERCHEM, *op. cit.*, p. 20 et 21.

(2) WORMS, *Journal asiatique*, 1843, I, 291.

(3) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 311.

(4) POUYANNE : *La Propriété foncière en Algérie*.

Quelle que soit cette raison, d'ailleurs, il nous suffit de savoir que, sous le nom générique de Kharadj, se trouvaient compris, à l'origine, deux tributs différents tant par leur nature, que par leurs caractères.

Et, en effet, il n'y a rien de commun entre le Kharadj, impôt foncier qui grève le sol à perpétuité et ce Kharadj que subit une terre non waqf et qui permet tous les actes dérivant du droit de pleine propriété : actes de cession par vente, donation, hérédité, etc... puisque les habitants « peuvent vendre cette terre à qui ils veulent, soit à l'un d'entre eux, soit à un musulman, soit à un tributaire : dans le premier cas elle reste dans la même situation pour ce qui a trait au Kharadj; dans le second, le Kharadj cesse d'être dû; dans le troisième, il se peut que le Kharadj continue de peser sur le tributaire acheteur, à raison de ce qu'il persiste dans l'infidélité, comme il se peut que cet impôt disparaisse, à raison de ce que sa condition de tributaire le met en dehors du contrat intervenu avec ceux qui ont traité au sujet de ces terres (1) ». Le Kharadj ici *frappe le cou* et non le sol.

Mais, étant donnée cette dualité dans le sens même du mot Kharadj, on conçoit aisément qu'une certaine confusion en ait résulté et que la théorie du Kharadj impôt foncier en ait gardé quelque temps de l'imprécision.

Et, toutes choses s'enchaînant, nous pouvons admettre que cette imprécision ait été, dans une large

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 311 et 312.

part, la cause des abus, qui se multiplièrent sous son couvert (1).

VI

L'infidèle se servit tout d'abord de la conversion pour se soustraire au paiement du Kharadj. Le Coran avait prescrit de façon expresse l'égalité la plus parfaite entre les musulmans. Les Imams s'étaient appuyés sur cette disposition pour reconnaître aux peuples, qui étaient venus à l'Islam seulement après la lutte engagée, les droits reconnus à ceux qui s'étaient convertis, lors de la première invitation (2). L'infidèle, de ce fait, émit, en se convertissant, la prétention de jouir pleinement de tous les avantages des musulmans et, particulièrement, du bénéfice de la dîme, privilège inhérent à cette qualité. Le Kharadj, n'est-il pas *la marque humiliante* de l'infidèle?

A ces prétentions succéda bien vite un état de fait,

(1) Nous pensons, en effet, que le Kharadj était bien défini, dans l'esprit d'Omar, *un impôt foncier*, qui frappait la terre à titre définitif, indépendamment de son possesseur. Le Kharadj pèse sur le sol et non sur la personne. Ceci résulte très nettement de ce qu'il disait à Othman et à Hodheyfa au sujet du sol de l'Irak : « Peut-être avez-vous imposé à la terre ce qu'elle ne peut supporter ! » (plus haut, p. 30). Ce n'est que dans la suite que ce caractère dut s'estomper. On a parlé alors de confusion. Les Imams cherchaient en vérité la justification de leur faiblesse. D'ailleurs, il est un fait que tout changement, toute révolution pose des principes d'autant plus précis, qu'ils sont plus nouveaux. Leurs arêtes s'atténuent à l'exercice, comme le galet se polit à l'action de la mer. « Le progrès regresse d'abord, pour s'affirmer ensuite par une lente progression. » Nous verrons que le Kharadj n'a pas fait exception à la règle.

(2) Voir plus haut, p. 15 et suivantes.

dont le pouvoir, souvent très faible, fut obligé de tenir compte. Il prit ainsi la forme d'une situation juridique s'identifiant avec la propriété et le Kharadj, source de revenus, tarit.

Il va sans dire, en effet, que les conversions furent très nombreuses. Les infidèles préféraient venir à l'Islam, plutôt que payer l'impôt. Leurs terres devenaient donc terres de dîme, car Omar suivait toujours à la lettre le texte du Coran.

Il ne fut pas, cependant, sans s'apercevoir du danger, qui en résultait pour le Trésor. Par ailleurs, les vieux musulmans protestaient. Tant que les privilèges de la conversion n'avaient bénéficié qu'à des Arabes d'origine, ils avaient accepté l'assimilation sans récriminer. L'Arabie, n'était-elle pas faite de tribus issues du même sang? Tous les Arabes sont frères. C'est ainsi que le Prophète, « après avoir conquis le territoire arabe, y institua l'impôt de la dîme et nullement le Kharadj... Nul n'ignore que le Kharadj n'existait ni à la Mecque, ni sur le territoire sacré. Tout le pays arabe fut soumis au même régime que le Bahreyn et Ta'if (1) ».

Mais, lorsque l'Islamisme, se répandant hors de l'Arabie, mit les peuples d'une origine et d'une race différentes dans cette alternative : payer le Kharadj ou se convertir, alors les anciens musulmans manifestèrent contre l'assimilation. A une antipathie de religion se mêlait aussi une antipathie de race.

On ne pouvait, toutefois, empêcher l'infidèle de

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 88.

reconnaître son erreur et d'embrasser la *Religion Vraie*. Omar essaya pourtant de résister aux conséquences des conversions et Ibn Asakir nous rapporte, à ce sujet, une loi, aux termes de laquelle : « Lorsqu'un dhimmi du Sawad se convertit, il doit laisser sa terre à l'un de ses anciens coreligionnaires, qui s'y établit, à sa place, pour la cultiver et en payer le Kharadj (1) »

Pour parer aux besoins de l'Etat, Omar tâchait de maintenir des infidèles sur la terre conquise, puisqu'il ne se sentait pas la force d'affirmer radicalement le caractère de l'impôt, qui la frappait. Le terme Kharadj désignant à la fois l'impôt foncier et la capitation, l'infidèle faisait valoir son caractère de capitation, pour s'en affranchir par la conversion. La loi est significative. Elle fut, en vérité, peu appliquée.

Mais on décida qu'à l'avenir le Kharadj resterait dû, encore que le dhimmi possesseur de la terre se ferait musulman. C'était avancer d'un pas dans le domaine de la précision. L'impôt frappe donc la terre et non le cou : « D'après Omar Ibn Abdelaziz, tout dhimmi, qui embrasse l'islamisme, met à couvert, par le fait de sa conversion, sa personne et ses biens mobiliers; mais sa terre est un butin, que Dieu a donné (il faut entendre : réservé) aux musulmans (2). »

Les conversions, de ce jour, furent plus rares. Seules restaient efficaces, quant à l'abolition du Kharadj, celles des infidèles avec qui la communauté musul-

(1) DE KREMER : *Kulturgeschichte des Orients unter den chalifen*.

(2) MACRIZI.

mané se trouvait liée par un traité d'alliance. Nous avons vu, en effet, que le Kharadj payé par ces infidèles tributaires était, lui, une capitation, qui disparaissait soit par la conversion, soit par la cession de la terre à un musulman (1).

Et c'est pourquoi certains infidèles sont, à cette époque, libérés du Kharadj par leur conversion, alors qu'en principe la conversion reste sans aucune conséquence fiscale. La nature de l'impôt participe de la condition juridique de la terre et non pas de celle de l'individu, qui la détient (2).

VII

La théorie du Kharadj, cependant, n'est pas encore établie. Les vieux musulmans subissent l'attrait de ces pays nouvellement conquis, où s'étalent de nombreuses richesses.

On a soutenu, il est vrai, que la loi d'Omar rapportée par Ibn Asakir empêchait les croyants de s'établir dans les domaines conquis de force et faits waqf (3). Mais si, en terre waqf, il n'est aucune propriété individuelle possible, la *jouissance* y est permise et rien ne permet de déduire que la loi d'Omar l'a interdite aux musulmans.

Et, bien plus, les aliénations de territoires waqf, consenties par leurs possesseurs infidèles à des musulmans

(1) Voir plus haut, p. 23 et 24.

(2) EL MAWERDI, *op cit.*, p. 289, 290 et 291.

(3) Voir la loi plus haut, p. 39. En ce sens, p. 29, note *in fine*.

d'origine, furent très fréquentes. Ces possesseurs, n'ayant que la jouissance de la terre, ne pouvaient en concéder la propriété. Cette propriété était « réservée » et cette réserve se signalait par la perception du Kharadj.

Or, ce versement du Kharadj constituant la marque de l'infidèle, les acquéreurs croyants se réclamèrent de leur qualité, pour ne plus en être frappés. Ils étaient à l'Islam depuis trop longtemps, pour ne pas avoir un droit acquis à la dîme. Une situation de fait s'ensuivit et, comme la dîme est la caractéristique de la propriété melk, ils devinrent des propriétaires véritables.

Les ventes, de ce fait, se multiplièrent à la manière des conversions précédemment. Elles expliquent la présence de terres de dîme au milieu de territoires de Kharadj.

De leur côté, les Imans firent, alors, des concessions de terrains en domaine conquis au profit de musulmans. On en trouve maints exemples, dans le Sawad notamment, province dont la mise en waqf est incontestée (1). Ces concessions visaient l'usufruit seul et maintenaient le Kharadj, mais les concessionnaires, comme les acquéreurs, s'indignèrent d'avoir à payer, tandis qu'ils étaient des musulmans, un impôt, qui devait frapper seulement les infidèles, et ils ne payèrent que la dîme.

Bien plus, le Calife Othman s'abusa au point de faire, en terre waqf, des concessions à titre de pleine propriété.

(1) BELADHORI, *op. cit.*, p. 183-267.

Certes, le Prophète avait ainsi disposé, après avoir conquis le territoire arabe, mais n'avait-il pas soumis cet empire tout entier au même régime, celui de la dîme (1). Le Kharadj n'y existant pas, rien ne s'opposait à ce que l'individu y soit propriétaire (2).

Worms a soutenu que le Calife Othman n'avait fait que des concessions de jouissance, mais, comment expliquer alors qu'elles permettaient toutes transmissions, soit par vente, soit par héritage...

La vérité est qu'il faisait partie de la famille des Omeyya et favorisait, de la sorte, les aristocrates mequois. Dans son chapitre sur les Fiefs, Abou Yousof signale toute une doctrine, pour appuyer cette politique : « Toute propriété fieffée par l'Imam, en pays conquis de vive force, doit donc le Kharadj, à moins que l'Imam ne la transforme en terre de dîme. Cela dépend de lui, lorsqu'il donne en fief une part de sol Kharadj. Il peut lui faire payer la dîme simple, la dîme et demie, la double dîme et davantage ou le Kharadj; il impose, à son gré, telle condition, qui lui plait » (3).

Abou Yousof commence par énoncer le principe pour

(1) Mahomet avait décidé, en effet, que les terres de l'Arabie seraient décimales, quelle que soit la religion du propriétaire. Ces pays sont d'essence *uschri* ou *uschri* de droit. Cf. LOUSSARARIAN, *op. cit.*, p. 68.

(2) Cette considération justifie les concessions d'Omar en Arabie. D'autre part, si, lors de la conquête de Samanie, Omar libéra les habitants de l'impôt foncier, s'il imposa encore aux Beni-Taghlil, arabes chrétiens du Sawad, la double dîme, au lieu du Kharadj, c'est qu'il voulait amener la race arabe tout entière à la religion musulmane. Et la preuve en est dans cette condition, qu'il imposa aux Beni-Taghlil, de ne pas élever leurs enfants dans la religion chrétienne.

(3) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 89 et 90.

s'étendre ensuite sur l'exception qui dérive, elle, de la conduite de l'Imam : « à moins que l'Imam... ».

C'est là un véritable *abus de droit*. Abou Yousof le déclare lui-même un peu plus loin : « Un gouverneur, qui enlèverait une terre à quelqu'un pour la donner en fief à un autre, est comme un usurpateur. Il n'est donc ni licite, ni loisible à l'Imam de donner à quelqu'un ce sur quoi s'exerce le droit d'un musulman (1). »

Nous avons vu que, lors de la conquête, le sol waqf avait été séquestré, immobilisé au profit de la communauté musulmane. Par suite, concéder en pleine propriété une portion de ce territoire sur lequel la communauté musulmane a un droit constitue une *usurpation*, car, du même coup, l'ensemble des musulmans se trouve illégalement privé du Kharadj.

Les successeurs d'Othman continuèrent toutefois à appliquer son système.

VIII

Ce fut seulement *en l'an 100 de l'hégire*, que la réaction se fit jour grâce à Omar II. Il ne revint pas sur les situations de fait; il consacra toutes les propriétés irrégulières, mais il interdit à l'avenir toutes ventes de la part d'infidèles aux musulmans et il affirma définitivement le caractère d'impôt foncier du Kharadj : « Il n'est permis à personne de transformer une terre de Kharadj en terre de dîme... (2). »

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 91.

(2) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 132.

Le Kharadj frappe donc le sol éternellement et quelle que soit la qualité de celui qui le détient. Nous le retrouvons tel au v^e siècle de l'hégire dans El Mawerdi.

Quant à la terre, étant immobilisée au profit de la communauté musulmane, elle est à la fois inaliénable et imprescriptible. Elle ne peut être vendue, ni engagée. Ses possesseurs ne sont pas cependant privés de tout droit. Plus que quiconque, en effet, ils restent qualifiés à en jouir : « Les habitants n'ont pas le droit de disposer du sol par vente; seulement ils en restent exclusivement possesseurs, tant qu'ils respectent les *clauses* de la capitulation. On ne peut les troubler dans cette possession, soit qu'ils persistent dans leur infidélité, soit qu'ils deviennent musulmans... (1). »

Nous avons ainsi achevé l'étude de la conquête, source de la propriété immobilière et nous avons vu dans quelle mesure, à côté d'une propriété individuelle, la guerre avait entraîné la création d'un domaine d'état, dont nous avons laissé à Dieu le droit éminent, tandis que son bénéfice utile est séquestré au profit de la communauté musulmane.

Dans un chapitre second nous étudierons la vivification des terrains morts.

(1) EL MAWERDI, traduction WORMS, p. III.

CHAPITRE II

LA VIVIFICATION

Le travail constitue, dans la loi musulmane, la deuxième source de la propriété immobilière : « Qui-conque revivifie une terre morte en devient propriétaire, par le fait (1) » a dit le Prophète.

Par suite, le travail, source de la propriété, doit s'appliquer à une terre morte.

Toute terre cultivée n'est-elle pas, en effet, l'objet d'une appropriation, soit que, lors de la conquête, elle ait été partagée entre les vainqueurs, soit qu'elle ait été laissée aux mains des vaincus?

I

Or, que faut-il entendre par *terre morte*?

Dans les territoires conquis par les musulmans se trouvaient de grands espaces dépourvus de toute trace de construction ou de culture. Ce sont ces espaces, « qui ne sont pas un fey pour la localité, ni un pâtu-

(1) BELIN, *Journal asiatique*, 1862, p. 172.

rage commun, ni un lieu d'exhumation, ni un lieu à faire du bois, ni une pâture à l'usage des moutons et du bétail, qui ne sont la propriété, ni la possession de personne (1), » qui sont dits terres mortes.

La Moultek'at reproduit cette disposition, lorsqu'elle définit : « Les terres mortes vaines ou vagues (*maouat*) sont celles qui ne produisent rien et ne sont la propriété de personne (2). »

Ainsi, le défaut d'appropriation antérieure (nous verrons plus loin qu'une terre ne peut être vivifiée que si elle est morte ou réputée telle, depuis un temps immémorial), le défaut de possession, d'affectation à un usage déterminé, à un besoin quelconque, l'absence enfin de toute construction ou culture, telles sont, d'après Abou Yousof et la Moultek'at, les caractéristiques de la terre morte. D'ailleurs, construire et cultiver ne sont-ils pas les seuls moyens de vivifier la terre?

Cependant, à ces caractères, qui sont comme les conditions de la terre morte, les jurisconsultes musulmans semblent avoir ajouté un autre élément. Ils tiennent en considération la distance, qui la sépare des terres vivantes les plus proches.

Toutes les terres vivantes, lieux appropriés et cultivés, jouissent d'une certaine zone contiguë : le « *harim* ». Quel est exactement ce *harim*? Les auteurs ne s'accordent pas sur la définition à lui donner. D'après Shafei, il comprendrait « ce qui est indispen-

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 96.

(2) WORMS : *Journal asiatique*, 1842, II, p. 362.

sable en fait de chemins, de dépendances immédiates « fina » et de cours d'eau nécessaires pour la consommation et l'arrosage des plantations ». Pour Abou Hanifa, « il s'étend jusqu'à une distance assez éloignée pour que l'eau de cette terre n'y parvienne pas. » Abou Yousof l'applique à une étendue à portée de la voix de celui qui appelle, lorsqu'il est placé à la limite de la dite terre (1). Quant à Sidi Khalil, il considère que « toute terre morte, située dans le voisinage d'un fonds rural, est grevée, pour l'utilité de ce fonds, d'une servitude de pacage et d'affouage dans un rayon d'un jour de distance permettant d'y aller et d'en revenir utilement (2) ».

Quoi qu'il en soit, tous s'accordent pour attribuer à la zone, qui touche les lieux cultivés, une certaine existence. Le rapprochement la vivifie en quelque sorte, aussi en font-ils mention dans leur définition de la terre morte : « Est terre morte, d'après Shafei, tout ce qui n'est ni cultivé, ni formant les dépendances, *harim*, d'un lieu cultivé, encore que se trouvant contigu à ce dernier (3). »

Cependant, de cette imprécision, il résulte fatalement quelque arbitraire, quant à la fixation du *harim*. Lorsque les compagnons d'Omar fondèrent Bacra, ils partagèrent l'emplacement en quartiers, qu'ils destinaient aux membres de leurs tribus. Ils donnèrent à l'artère principale une largeur de soixante coudées,

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 385.

(2) SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, titre XXI, art. 1206.

(3) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 379.

aux rues ordinaires une largeur de vingt coudées et aux ruelles une largeur de sept coudées. Ils n'avaient certes pas agi de la sorte sans un accord préalable, après un examen minutieux ou encore sans un texte indiscutable. En vérité, Bechir ben Ka'b rapporte, d'après Abou Horeyra, que le Prophète a dit : « Quand des gens sont en désaccord à propos d'un chemin, qu'on le fasse de sept coudées (1). »

C'est donc là le minimum du harim et nous pouvons en conclure que : « Toute terre vaine et vague, qui s'étend, au moins, à plus de sept coudées d'une terre fertile et occupée, est terre morte. » Elle est encore appelée « *maouat* » (2) ou « *adiyeh* », du nom de cette tribu d'Arabie : *Ad*, qui fut détruite et dont le territoire fut entièrement ravagé, pour n'avoir pas écouté la parole du Prophète *Houde* sept siècles environ avant l'ère chrétienne (3).

Il faut, en effet, que cet état de friche et de désolation, dans lequel se trouve la terre, remonte très haut dans le passé, à une époque indéterminée.

La loi musulmane ignore la prescription extinctive (4). Il est donc impossible qu'une terre, lorsqu'elle a appartenu à un titulaire légal, meure dans la suite. Pour qu'une terre soit morte, elle ne doit avoir été à aucun moment la propriété d'un musulman ou d'un mécréant tributaire. Ce caractère, d'après Sidi Khalil, en serait même l'élément essentiel : « La terre morte,

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 386.

(2) Définition de la Moultek'at, p. 46.

(3) LOUSSARARIAN, *op. cit.*, p. 167 et 168.

(4) Plus loin, II^e partie, chap. III, p. III.

dit-il, est celle qui n'appartient à personne, celle qui n'est grevée d'aucun droit particulier (1). »

Au point de vue juridique pur, cette terre manque de vie. Quiconque peut la parcourir, y mener paître ses troupeaux, les y abreuver, y puiser de l'eau, récolter des fruits sauvages... Elle n'est à personne et l'on peut se l'approprier en la vivifiant.

Tous les auteurs musulmans s'accordent pour admettre la licéité du procédé : « Quiconque vivifie une terre en devient le propriétaire » dit le Texte. D'ailleurs, est-il quelque chose de plus moral que cette consécration légale du travail? Au point de vue social n'est-ce pas un bien d'encourager le défrichement et de prévenir le prolétariat?

La propriété ainsi acquise est la véritable propriété, la propriété *melk* avec tous les avantages, qui lui sont reconnus : le jus utendi, fruendi et abutendi.

Le bénéfice de cette propriété est-il indépendant de la personne du vivificateur, en d'autres termes, est-il une prime attribuée au travail seul ou faut-il encore que ce travail soit celui d'un musulman?

A ce sujet, les docteurs musulmans manifestent des avis contraires. Abou Hanifa affiche un libéralisme, qui se comprend mal, lorsque l'on envisage les difficultés à la suite desquelles l'infidèle fut admis au titre de propriétaire. Nous avons montré, dans notre chapitre premier, quelle était la situation du non-croyant au regard des terres, qu'il occupait, et comment, même

(1) SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, Définition de la terre morte, titre XXI.

allié, il devait payer à la communauté musulmane le droit de se comporter sur la terre tel un propriétaire.

Mais Abou Hanifa argumente de ce que le Prophète n'a pas dit : « Celui d'entre les croyants, qui vivifie une terre... » mais seulement : « quiconque... » Il en déduit que Mahomet voulait récompenser le travail, indépendamment de toute considération particulière. D'autre part n'était-il pas guidé en cela, ajoute-t-il, par des nécessités économiques ?

La Moultek'at reproduit cette doctrine et dispose très expressément que : « Tout individu, musulman ou non, qui défriche une terre vacante, en acquiert la propriété et peut en disposer librement (1). »

Lès autres auteurs, toutefois, considèrent que l'infidèle, fut-il tributaire, n'a pas qualité pour vivifier une terre morte relevant du domaine musulman. Il ne peut, en aucune manière, se trouver élevé au niveau du croyant, sortir de cet état d'infériorité humiliante dans lequel le Coran le maintient. La dîme est un privilège inhérent à la qualité de musulman. La propriété, qui résulte de la vivification, est cette pleine propriété soumise à la dîme seule. Dès lors, elle constitue une véritable donation de Dieu, dont la cause ne peut être qu'une occupation conforme à la loi religieuse; une telle occupation ne saurait être le fait d'un mécréant. En vérité, Dieu n'a-t-il pas disposé : « La terre appartient aux musulmans ? (2). »

(1) WORMS, *Journal asiatique*, 1842, II, p. 362.

(2) WORMS rapporte qu'il est dit dans un livre intitulé : *Balance de la haute législation* : « Les trois Imams prétendent que le dimmy n'a pas le droit de revivifier la terre

Sidi Khalil cependant ne distingue pas et selon lui :
: La terre morte est acquise au premier occupant par
sa mise en valeur (1). »

II

Que faut-il donc entendre par ces mots : « *mise en valeur*, » vivification, occupation conforme à la loi religieuse ?

D'après El Mawerdi, tout cela dépendrait du but poursuivi. Ainsi : « Si l'on cherche à se loger, la vivification consiste dans le fait d'édifier et de couvrir la construction, car c'est là ce qui constitue le début d'une véritable construction propre à être habitée. S'agit-il de vivifier dans un but de culture et de plantation, il y a à tenir compte des trois conditions, que voici : l'amoncellement des terres délimitant l'emplacement choisi et destiné à l'isoler; — l'amenée de l'eau, si l'emplacement est desséché ou le détournement de l'eau, s'il est marécageux, car la vivification résulte, dans le premier cas, de ce qu'on y amène de l'eau et dans le second de ce qu'on l'en détourne, vu que chacune de ces opérations rend possibles la culture et la plantation; — le labourage, ce qui comprend le fait de retourner les parties planes, celui d'aplanir celles qui sont en hauteur, et celui de combler les dépressions (2). »

morte d'Islam, tandis que ABOU HANIFA soutient que cela lui est permis. Le premier avis a prévalu. » *Journal asiatique*, 1842, II, p. 366.

(1) SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 1204, p. 381.

(2) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 380.

Ces conditions remplies, la vivification est réalisée. Son auteur a la propriété. Sidi Khalil dans son article 1215 résume le texte d'El Mawerdi : « Sont considérés comme travaux de mise en valeur suffisants pour valider l'occupation la découverte ou l'aménagement d'une source, les constructions, plantations, labours, défrichements, terrassements, épierrements, applanissements du sol (1). »

Et le *Code civil ottoman* dispose également : « La vivification d'une terre morte consiste à y jeter des semences, à y planter des arbres, à y labourer, à y creuser des fossés ou des canaux, à l'entourer de murs ou de digues, pour la préserver des inondations (2). »

C'est un minimum de travail. La simple clôture n'est pas suffisante. El Mawerdi en fait mention comme première condition : « L'individu doit délimiter le terrain sur lequel il a l'intention d'appliquer ses énergies, » mais elle n'est qu'une condition et Sidi Khalil ni le *Code civil ottoman* ne l'envisagent comme élément de la vivification.

Le Prophète a cependant spécifié : « Celui qui vivifie une terre en devient propriétaire et celui qui l'a délimitée n'y a plus droit au bout de trois ans. » Dès lors, s'il est acquis que le fait de clôturer une terre morte ne suffit pas à en concéder la propriété, celle-ci étant octroyée *au travail*, il est non moins certain que celui qui clôture jouit de certains privilèges. Un véritable *droit de préférence* naît à son profit. « Celui qui a

(1) SIDI KHALIL, SEIGNETTE, p. 384.

(2) Art. 1275 et 1276.

commencé par marquer une terre morte en la délimitant est le plus qualifié pour la vivifier (1). » De même, aux termes de la doctrine hanéfite, « le droit de prise de possession et de propriété s'établit par la mise du terrain vague en clôture, soit avec des pierres superposées, soit avec toute autre matière (broussailles, haies vives, etc...), pourvu que ces choses forment une marque complète et saillante de délimitation (2). » Le Code civil ottoman établit, en conséquence, que celui qui clôture une terre morte y acquiert un droit de préférence, c'est-à-dire qu'il a le droit de défricher cette terre pour en devenir le propriétaire ou le possesseur et qu'il doit être préféré à toute autre personne, qui en ferait la demande (3).

Ce droit de préférence, toutefois, a des limites dans le temps et le Prophète lui-même les a indiquées. Il doit s'exercer dans le délai de trois ans, à dater du jour où la terre est considérée comme clôturée. Par suite, si celui qui a délimité une terre ne l'a pas défrichée dans les trois années qui suivent, il est déchu de tout droit et la terre, libérée, peut être concédée à quiconque voudrait la défricher.

Nous envisagerons plus loin ce qu'il faut entendre par cette *concession* et ce que signifie cette *demande* dont parle l'article 1279 du Code civil ottoman. Le rite hanéfite exige, en effet, pour la vivification, une quatrième condition : *l'autorisation du souverain ou « iktaa ».*

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 381.

(2) NAUPHAL, p. 17, *op. cit.*

(3) Code civ. ottoman, art. 1279.

Ici, bornons-nous à conclure que la délimitation donne naissance à un droit de priorité. Quelques auteurs ont soutenu qu'il était susceptible d'être aliéné, comme le droit de propriété... Quoi qu'il en soit, il dure trois ans consécutifs à l'expiration desquels, si les choses sont demeurées en état, toute personne aura le droit d'entreprendre sur la terre des actes de mise en valeur, qui font acquérir la propriété, car délimiter s'entend seulement d'un homme qui, se rendant en terre morte, la marque d'une clôture, sans y faire d'autres travaux.

Or, à ce sujet, il est une particularité intéressante à signaler. Dans le Code civil ottoman, clôturer s'entend encore du fait de *creuser un puits*.

L'eau, en pays musulman, est un trésor tel qu'il est nécessaire de favoriser ceux qui la découvrent.

C'est ainsi qu'Abou Yousof écrit : « A un puits creusé dans une campagne, sur laquelle n'a droit ni un musulman, ni un allié, revient une zone de protection (1) », et il précise plus loin : « Nous tenons de Mohammed ben Abd Allah Ben Amr ben Cho' Ayb : celui qui creuse un puits a droit à cinquante coudées du terrain d'alentour, sur quoi personne ne peut pénétrer à son encontre (2). »

Est-ce à dire qu'il a sur ce terrain *un droit de propriété*? Nous avons vu que la délimitation n'avait d'autre effet que de concéder à celui qui la réalisait un droit de préférence. Fidèle à ses principes, le Code

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 152.

(2) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 154.

civil ottoman, pour qui le fait de creuser un puits constitue une opération analogue à la clôture, dispose que celui qui découvre l'eau a un droit de propriété sur le puits, mais non sur son harim. Là, il n'a qu'un droit de préférence durant une période de trois années. Passé ce délai, s'il est demeuré inactif, il s'en trouve déchu et ne conserve ses droits que sur le puits, sa propriété.

Le rite malékite n'est pas moins fidèle à ses principes. Il donne, cependant, une solution différente. D'après lui, en effet, celui qui découvre l'eau, en creusant un puits en terre morte, fait plus que délimiter, il vivifie; aussi dispose-t-il qu'il acquiert non seulement la propriété du puits, mais encore celle de son harim (1).

Telle est la mise en valeur en ce qui concerne le travail qu'elle exige.

III

Ce travail est nécessaire à l'appropriation du sol. Il en est en quelque sorte la condition *sine qua non*. Mais est-il une condition suffisante? N'est-il point besoin, encore, d'une consécration de la part de la communauté musulmane, d'une *homologation de son représentant*, le sultan? Il y a, à cet égard, de grosses divergences suivant les rites

D'après Abou Hanifa, le droit de vivifier, n'existe

(1) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 391 et 392. Sidi Khalil toutefois observe que le puits doit être creusé pour *irriguer* et non pour abreuver. V. trad. SEIGNETTE, art. 1215.

que pour celui au profit duquel le sultan a fait un *iktaa*. Le rite hanéfite ne permet donc pas la vivification des terres mortes sans l'assentiment, l'autorisation préalable du souverain. Et cette disposition n'est, en réalité, que l'application du principe énoncé par le Prophète : « Nul ne peut faire que ce qu'agrée son imam. » Ainsi se justifient les termes de *concession* et de *demande*, que nous avons signalés plus haut, en rapportant l'article 1279 du Code civil ottoman (1). Celui qui vivifie une terre morte en devient le propriétaire, quand l'Imam le lui permet; il ne le devient pas, s'il l'a vivifiée sans l'autorisation de l'Imam qui, dans ce cas, peut la lui enlever et, à son gré, la donner à bail, en fief.

L'autorisation de l'Imam est donc plus qu'une simple formalité. Elle est indispensable à l'appropriation de la terre, au même titre que le travail.

En rite malékite, on distingue suivant la situation de la terre vivifiée. L'autorisation du sultan, l'*iktaa*, est nécessaire pour les terres mortes, qui avoisinent les centres de population. La raison en est que ces terres mortes constituent une sorte de communal réservé aux besoins communs des habitants. Aussi, personne ne saurait les défricher sans une autorisation préalable du souverain, qui juge, mieux que tout autre, des besoins des musulmans. Pour les terres éloignées des centres, l'*iktaa* n'est pas requise et quiconque est autorisé à les mettre en valeur, sans permission particulière : « Dans les pays voisins des centres de popula-

(1) V. plus haut, p. 53.

tion, toute occupation, même par un musulman, devra être préalablement autorisée par le chef de l'Etat, faute de quoi il dépendra du prince de l'approuver ou de considérer le détenteur comme possesseur de mauvaise foi. Au contraire, dans les pays éloignés, l'autorisation n'est pas nécessaire (1). »

Le souverain, néanmoins, conserve le droit de concéder ces terres à qui il lui plaît et, lorsqu'il le fait, le concessionnaire a un droit *exclusif* à les mettre en valeur. Macrizi rapporte, en effet, une tradition aux termes de laquelle Mahomet a dit : « Toute terre morte appartient d'abord à Dieu, puis à son Prophète de qui vous la tenez, c'est-à-dire, ajoute le commentateur, qui vous la donne à titre de concession, *iktaa* (2). »

Par conséquent, toutes les terres mortes sont à Dieu. Dieu abandonne ses droits en faveur de qui les vivifie, mais il laisse à son mandataire, le souverain, la faculté de les concéder, même en toute propriété.

De fait, ces concessions sont fréquentes. Elles fournissent au sultan l'occasion de percevoir un droit d'entrée, voire un cens annuel et perpétuel, encore que la terre à laquelle il est attaché soit susceptible de toutes transactions, ventes, donations, etc... Car, si nombre de ces concessions sont gratuites, le sultan n'en est pas moins libre de les soumettre à certaines conditions et charges. Les terres *maghzen*, en Algérie, sont

(1) SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, p. 383.

(2) En sens contraire : MILLIOT, *op. cit.*, p. 11 et 12 : « La propriété des terres mortes appartient à la communauté musulmane, *oumma*, terme par lequel les musulmans expriment l'idée d'Etat, de nation musulmane. »

ainsi concédées, à charge de service militaire. Le titulaire de la concession a un droit acquis à cultiver le sol et à faire les fruits siens, mais il est tenu de monter à cheval au premier signal du Cadi (1). Le souverain, d'ailleurs, est maître absolu de subordonner à telle condition, qu'il pense juste, l'octroi de l'iktaa.

Il faut observer, cependant, qu'il ne peut faire de concession de pleine propriété en terre de Kharadj. Par suite de la mise en waqf, la terre de Kharadj est immobilisée à titre définitif et perpétuel, au profit de la communauté musulmane. Toute atteinte à ce principe constitue un abus de pouvoir.

Telle est donc l'iktaa. Indispensable dans le rite hanéfite, le rite malékite ne la juge nécessaire que pour les lieux voisins des centres de population. D'après Shafei, si l'autorisation du sultan n'est pas indispensable à qui veut procéder au défrichement, du moins constitue-t-elle un privilège à son profit. Les quatre Imams, d'ailleurs, « sont unanimement d'opinion que le concessionnaire a, de préférence à qui que ce soit, le droit de vivifier (2). »

Ce droit de préférence appartient à celui qui en jouit, pendant un délai de durée identique à celui qui résulte de la délimitation. « Dans le cas où le retard des travaux n'est causé par aucun empêchement notoire, Abou Hanifa est d'avis que l'on ne doit troubler le concessionnaire qu'après expiration d'un délai de trois années et qu'alors, s'il ne procède pas aux travaux de

(1) POUYANNE, *op. cit.*, p. 291.

(2) SIDI KHALIL, trad. FERRON, II, p. 269.

défrichement, l'iktaa est annulée, en se fondant pour établir cette règle sur ce que le Khalife Omar a fixé pour l'iktaa le terme de trois années. Shafei ne considère pas le terme de trois années comme obligatoire et pense qu'on ne doit avoir égard qu'à la possibilité, où est le concessionnaire, de se livrer à ses travaux. Si donc il a laissé expirer le temps matériellement nécessaire pour la vivification, on doit lui dire : « Tu vas travailler et mettre en rapport et la terre te restera; si non, elle te sera retirée et restera dans les conditions où elle était avant l'iktaa (1). »

En réalité, cette autorisation du sultan n'est qu'une *mesure de police* destinée à prévenir les querelles et c'est bien là, d'après Abou Yousof, sa véritable nature : « Si deux hommes choisissent chacun la même parcelle et que l'un empêche l'autre d'agir, comment décider lequel a raison? Quelle décision prendre si un homme veut vivifier une terre morte comprise dans les dépendances immédiates, fin, du bien d'un autre homme qui affirme que le premier n'a aucun droit à procéder à la vivification et qu'il lui fait tort. Tel est le cas où Abou Hanifa exige l'autorisation de l'Imam afin de pouvoir trancher un différend possible. L'autorisation de l'Imam permet à un homme de vivifier la terre. Elle est licite et régulière; son refus est prohibitif. De la sorte, il ne peut y avoir quand l'Imam a, soit autorisé, soit défendu, ni contestation au sujet d'un même lieu, ni dommage. Le dire d'Abou Hanifa ne contredit pas la tradition, qui se borne à ne pas per-

(1) EL MAWERDI, trad. WORMS, p. 199.

mettre de dire : « Et si l'on vivifie la terre avec l'autorisation de l'Imam, on n'en devient pas propriétaire. » Dire qu'il en devient propriétaire, c'est suivre la tradition et l'on ajoute : « Avec l'autorisation de l'Imam », pour que celle-ci puisse trancher les différends et empêcher que les hommes ne se fassent tort les uns aux autres (1). »

Et cette explication d'Abou Yousof, d'où nous tirons notre doctrine, à savoir que l'autorisation du sultan est une simple mesure de police, se trouve corroborée par la distinction que fait le rite malékite. Ce rite n'exige, en effet, l'iktaa que pour les endroits voisins des agglomérations, des centres. Ne sont-ils pas ceux que l'on convoite tout particulièrement et au sujet desquels les contestations sont vives et fréquentes. Or, l'ordre doit régner parmi le peuple de Dieu et le sultan a mission d'y veiller. Les lieux éloignés étant moins susceptibles d'occasionner le trouble, l'iktaa n'y est pas nécessaire.

Le sultan n'en conserve pas moins le droit d'y faire des concessions en pleine propriété. Nous savons qu'il

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 96 et 97. D'après Ahmed Sakka, « le caractère de cette autorisation, lorsqu'elle existe, doit être celui d'une collation nécessaire de la propriété après la mise en valeur effective du sol », p. 88 et p. 90 : « Il est manifeste que l'autorisation du prince est, non pas une condition essentielle à l'égal de l'élément mise en valeur, mais une simple formalité préalable qui est exigée dans l'intérêt de la paix publique, l'occasion d'une enquête, à l'effet de rendre publique l'intention du requérant de s'approprier tel terrain et de provoquer, en temps utile, l'intervention des tiers intéressés pour éviter les procès ultérieurs. Cette enquête a pour but de constater, en outre, le caractère de terre morte du sol, constatation d'autant plus utile que sur ce point la législation était extrêmement touffue et imprécise. »

est le mandataire de Dieu et que Dieu est propriétaire de toutes les terres mortes : « L'Imam peut donner en fief une terre morte quelconque et tout ce sur quoi personne n'a de droit de propriété ou de détention, agissant en cela d'après ce qu'il juge être le meilleur pour les musulmans et de l'utilité la plus générale (1). »

IV

Ceci étant observé, nous pouvons dire, que le travail est récompensé par Dieu, l'attribution de la propriété d'une terre morte à son vivificateur étant une véritable donation de sa part. « La terre appartient à Dieu originairement, au Prophète ensuite et après lui aux musulmans, non pas *ut universi* mais *ut singuli*, de sorte que la terre vacante et sans maître fait retour à Dieu, le calife la conservant, non comme administrateur des domaines des musulmans, mais comme chargé de la mission supérieure de sauvegarder les droits de Dieu. Dès lors, une conséquence s'impose : point n'est besoin de l'autorisation de personne pour vivifier une terre morte, le précepte, exprimant une volonté divine, étant absolument général et sans restriction d'aucune sorte à l'initiative privée (2). »

Il y a donc donation de Dieu.

Cette donation est-elle libre de toutes charges? En vérité, elle est soumise à cette condition que l'individu bénéficiaire *continuera à cultiver la terre*. « Tout individu, qui pendant trois années laissera en non rapport

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 99.

(2) AHMED SAKKA, *op. cit.*, p. 87.

la terre en sa possession, perdra ses droits sur cette terre et, s'il survient un tiers, qui la cultive, celui-ci aura plus de droits à posséder que l'ancien détenteur (1). »

Nous avons déjà remarqué ce délai de trois années. C'est lui qui intervient pour établir la déchéance de l'individu qui, après avoir clôturé une terre morte ou obtenu une iktaa du sultan, demeure dans l'inaction. Nous le rencontrons dans les coutumes relatives à la distribution des terres de kharadj entre les rayas. Le raya, qui néglige pendant trois ans la culture de sa terre, en est dépossédé au profit d'un autre plus laborieux. Ce chiffre de trois années aurait-il la valeur d'un principe? Il tient simplement, d'après Pouyanne, à la façon dont les peuplades arabes travaillent la terre : elles labourent la première année et ensemencent, laissent le terrain en jachère l'année suivante, pour reprendre le labour la troisième année et ainsi de suite. On cultive un an sur deux (2). Dès lors, celui qui néglige la culture de son champ deux fois consécutives, soit pendant trois ans, est présumé avoir renoncé à l'exercice de son droit.

Il n'a pas perdu son droit. Il serait faux d'entendre ainsi le texte de Macrizi. La loi mulusmane ne connaît pas la prescription extinctive. Les droits ne s'éteignent pas du fait que leur titulaire ne les exerce pas. Ils sont absolus de leur nature, parce que d'une origine divine et ils demeurent. L'ancien occupant,

(1) MACRIZI, BELIN, *Journal asiatique*, 1862, p. 183.

(2) POUYANNE, *op. cit.*, p. 72. 15

cultivateur négligent, conserve donc son droit à la propriété et il lui est possible d'en reprendre l'exercice, d'exploiter à nouveau, bien que trois années se soient écoulées, voire même davantage. Il n'a aucune autorisation à demander. Il est le maître.

Mais l'intérêt de la question se présente, dès l'instant qu'un nouvel occupant s'empare de la terre et la cultive.

Les jurisconsultes musulmans sont alors hésitants. Les malékites distinguent, suivant que l'abandon de la terre par le premier occupant remonte très loin dans le passé ou est récent. Si les traces de la première occupation n'ont pas disparu, le premier occupant conserve sa propriété et peut évincer le second en lui remboursant les frais de son exploitation, s'il est de bonne foi. Au contraire, lorsque les traces de la première occupation sont effacées depuis longtemps, il est réputé avoir renoncé entièrement à ses droits et consenti au retour de la terre à son état primitif de terre morte. Le second occupant, par suite, ayant appliqué son travail à une terre « *vaine et vague* », a acquis la propriété; il importe peu qu'il ait connu ou non la première vivification : « Quiconque fait revivre une terre en acquiert la propriété, si les traces de la première occupation sont effacées depuis longtemps (1). » L'élément matériel est seul à considérer.

Or, « selon Abou Hanifa, la revivification entreprise par un homme qui connaît les anciens propriétaires du sol ne lui en confère pas la propriété, tandis

(1) SIDI KHALIL, SEIGNETTE, p. 381.

qu'elle lui est acquise dans le cas, où il ne les connaît pas (1). Et la *Hedaya* dispose : « Quand, après avoir défriché un terrain mort, le cultivateur le délaisse et qu'un autre survient, c'est le survenant qui a le plus de titres à la propriété. Mais il est reconnu généralement aussi, qu'à son retour, celui qui a abandonné le terrain a le droit de le reprendre puisque c'est lui, qui l'a ramené à la vie (2). »

Le rite hanéfite considère donc que le premier occupant conserve le droit de se prévaloir de la propriété, qu'il a acquise.

Pour *paralyser* sa prétention, le revivificateur doit lui opposer *l'exception* tirée de la prescription.

Non qu'il existe, en droit musulman, une prescription acquisitive, mais celui qui possède paisiblement, *animo domini*, pendant dix années consécutives, acquiert, sinon le droit de propriété, du moins celui d'opposer au véritable propriétaire une exception, qui tiendra en échec toute action en revendication de sa part.

Ainsi, la donation de Dieu au profit du vivificateur n'est pas exempte de charges. Elle est soumise à un *travail incessant*. Cette condition remplie, elle est absolue et le donataire bénéficie d'une propriété entière.

(1) EL MAWERDI, trad. WORMS, p. 198.

(2) *Id.*, trad. de WORMS, p. 90.

V

Il en résulte que toute terre morte défrichée par un musulman et exploitée par lui devient *propriété melk*, par conséquent terre de dîme. Dans son chapitre relatif aux conditions des diverses régions de l'Islam, El Mawerdi énonce ce principe : « Les musulmans ont vivifié le sol et il est dîmable à raison de cette vivification. »

Les jurisconsultes musulmans, cependant, ne l'ont pas admis absolument. « Quand un individu défriche une terre vague, dit la *Hedaya*, c'est la nature des terres du voisinage ou de l'eau d'irrigation qui y fait établir la dîme ou le tribut (1) », et, de même : « Un terrain mort mis en culture ne doit que la dîme, à moins qu'il ne soit arrosé par une eau tributaire (2). »

Dans la fixation de l'impôt auquel la terre vivifiée sera soumise, interviennent donc à la fois la condition des terres du voisinage et la nature de l'eau, qui l'irrigue. « Quand il y a vivification et qu'elle est faite en terre de dîme, c'est la dîme qui est due; si c'est en territoire de Kharadj, c'est le Kharadj qui est dû (3). »

Quant aux terres mortes situées dans les pays conquis de vive force sur les polythéistes, si, lors de la conquête, « l'Imam a partagé, entre les soldats conquérants, le territoire, il est terre de dîme, parce qu'il est devenu tel, lors du partage, qui en a été fait et celui

(1) WORMS, p. 81.

(2) WORMS, p. 89.

(3) ABOU YOUSOF, op. cit., p. 99.

qui en a vivifié une partie paie la dîme, de même que font ceux entre qui le sol a été partagé (1) ».

Si, au contraire, lors de la conquête, le sol a été laissé aux mains des vaincus et fait waqf, celui qui en vivifie une partie est assujetti au Kharadj et il doit le payer, au même titre que les anciens habitants maintenus sur le sol. Le sol a été immobilisé à tout jamais au profit de la communauté musulmane. Le Kharadj, impôt foncier, est perpétuel. Son abolition serait une perte pour les musulmans, en même temps qu'une injustice. Dieu ne peut la consacrer.

Ainsi, la nature de l'impôt, que doivent les terres vivifiées, est fonction de la situation juridique du territoire dans lequel elles se trouvent.

Or, la terre vivifiée peut être à la limite même qui sépare la terre de Kharadj de la terre de dîme. C'est alors que les auteurs musulmans décident de déterminer la nature de l'impôt, qui la frappe, suivant la nature de l'eau, qui l'arrose. En conséquence, si cette eau provient de la terre de Kharadj, la terre sera assujettie à l'impôt du Kharadj; si, au contraire, elle provient de la terre de dîme, la dîme seule sera due. Et ce même, la terre vivifiée ne paiera que la dîme si l'eau, qui l'arrose, ne provient ni de la terre de Kharadj, ni de la terre de dîme, mais de puits que l'on y aura creusés : « Si une parcelle faisant partie du sol conquis par les musulmans sur les polythéistes est vivifiée à l'aide d'une eau provenant de quelque une de celles que détenaient les polythéistes, elle devient terre

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 99.

de Kharadj; mais si elle est vivifiée à l'aide d'une autre eau, par exemple celle d'un puits creusé dans cette parcelle ou celle d'une source, qui y est mise au jour, elle devient terre de dîme (1). »

El Mawerdi est, dans le même sens : « La terre morte vivifiée est sujette à la dîme et elle ne peut être soumise au Kharadj sans distinguer si elle est arrosée par de l'eau de dîme ou de l'eau de Kharadj... Dans l'opinion de Mohammed ben-el-Hasan, la terre vivifiée devient de Kharadj quand elle est située sur les canaux creusés par les non arabes, et de dîme, quand elle est située sur les cours d'eau qui doivent leur existence à la volonté divine, tels que le Tigre et l'Euphrate (2). »

(1) ABOU YOUSOF, *op. cit.*, p. 99 et 100.

(2) EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 382.

DEUXIÈME PARTIE

Caractères de la Propriété Immobilière

Certains auteurs se sont demandés si la propriété immobilière existait en droit musulman au profit de l'individu. Comment la concilier, en effet, avec ces versets du Coran, qui attribuent à Dieu seul le dominium de l'univers : « A Dieu appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre, il environne tout » ; « Dieu est unique, à lui appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre (1). »

L'homme est un simple détenteur précaire : « La terre étant à Dieu et, par vicariat, à son représentant visible, l'individu ne s'approprie pas, mais il est approprié, c'est-à-dire rendu propriétaire par l'autorité souveraine, seule dispensatrice et seule dépositaire des biens objets de la propriété. De là, le dicton ou aphorisme populaire si commun dans les États musulmans : « La terre est à Dieu et au souverain. »

D'où, partout où règne la législation musulmane, la propriété individuelle n'est et ne peut être qu'une

(1) *Coran*, IV, 125 et 169. De même, au chap. X, le verset 56 : « Tout ce qui est dans les Cieux et sur la terre n'appartient-il pas à Dieu ? » Et le verset 67 : « Tout ce qui est dans les cieux et sur la terre n'est-il pas à Dieu ? »

sorte d'émanation à courant ou à opération continue de l'autorité souveraine. Il dépend de cette dernière d'interrompre ou de continuer à son gré le courant qui l'établit et qui en constitue l'unique raison d'être. Le propriétaire à titre individuel n'est, à proprement parler, qu'une espèce de détenteur ou de concessionnaire à titre définitif et obligatoire pour lui, mais facultatif et éventuel pour l'autorité souveraine. L'acte par lequel l'Etat dépouille un homme de sa propriété ou lui retire sa concession, ne constitue pas un acte de spoliation ou de confiscation, mais tout simplement un retrait de faveur ou une restitution à l'apanage public, sans préjudice de la nature des motifs, qui auraient présidé à l'application par l'Etat de ce droit de retrait (1). »

Or, nous avons déjà montré, que l'homme était susceptible d'avoir la propriété (2) et qu'elle lui provenait de la conquête ou du travail. Par conséquent, tous ces versets, que nous venons de rapporter, signifient seulement que la propriété a sa cause en Dieu et que Dieu la donne aux musulmans. N'est-il pas dit, d'ailleurs : « Implorez l'assistance de Dieu et attendez, car la terre est à Dieu et il la donne en héritage à celui de ses serviteurs, qu'il veut (3) » ; et encore : « La terre sera l'héritage de nos serviteurs justes (4). » — « Dieu a créé

(1) Cf. NAUPHAL : *La propriété immobilière*, p. 5 et suiv.

(2) Dieu a qualifié de bon cet état de possession absolue et exclusive, opposable à tous. Il l'a donc légitimé. Il en est question souvent dans le Livre et il s'appelle : mouklat.

(3) Cf. *Coran*, chap. VII, 125.

(4) Cf. *Coran*, XXI, V, 105.

pour vous tout ce qui est sur la terre (1). » Nous avons cité également ce hadith du Prophète : « La terre est à Dieu, à son Prophète, aux musulmans », et dans notre chapitre de la vivification : « Quiconque vivifie une terre morte en devient propriétaire par le fait. »

Bien plus, dans la législation musulmane, le droit de propriété se définit ainsi que dans les législations occidentales : « Le droit d'user d'une chose, d'en jouir et d'en disposer librement. » L'article 2 du Code foncier ottoman dit que la terre melk est à l'entière disposition du propriétaire.

La propriété de l'individu est donc certaine; elle est inviolable et sacrée. La loi interdit au souverain d'imposer aucune charge sur les biens des musulmans, qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la propriété : « Cette impuissance du prince d'atteindre la propriété de ses sujets par le moyen le plus légitime dans toutes les autres sociétés, nous voulons dire l'impôt, est la preuve la plus manifeste de la réalité et de l'efficacité du principe de l'inviolabilité privée (2). »

Ainsi, la propriété individuelle comporte dans le droit musulman une sécurité, qu'on ne voit dans aucune autre législation du monde, pas même dans la législation anglaise où, cependant, les droits individuels sont puissamment protégés, puisque l'intérêt public peut quelquefois être tenu en échec par l'intérêt privé. Aucun pouvoir arbitraire ne peut y toucher. La pro-

(1) Cf. *Coran*, II, V, 27.

(2) Cf. AHMED SAKKA, *op. cit.*, p. 84.

priété existe avec un caractère nécessaire d'inviolabilité, ou elle n'existe pas.

C'est que précisément elle provient de Dieu; de son origine divine elle tire trois caractères essentiels : elle est inviolable, intangible, perpétuelle. « Vous admettez, selon le Code civil français, disait à M. Maurice Pernot, un professeur de Droit civil et agraire de l'Université de Stamboul, Ebul-Ula-Bey, qu'un droit puisse cesser d'appartenir à quelqu'un, qui, pendant un certain temps, ne l'exerce pas et passe à un nouveau titulaire, qui l'a exercé d'une manière continue, sans le posséder. Vous reconnaissez une prescription extinctive et une prescription acquisitive. Nous admettons, à l'extrême rigueur, la première, mais nous ne pouvons concevoir la seconde. Il nous paraît difficile qu'un droit de propriété puisse jamais s'éteindre et impossible qu'il naisse de la prescription. C'est que le droit européen envisage à côté du juste, l'utile, l'intérêt de l'individu et celui de la société; tandis que le droit musulman se fonde exclusivement sur le juste et ne voit que l'intention morale de l'acte, qu'il s'agit de qualifier. Le principe fondamental de notre droit pourrait s'énoncer ainsi : mieux vaut éviter le nuisible que de procurer l'utile...

De plus en plus, nous voyons triompher en Occident la conception selon laquelle chaque droit est limité par une obligation correspondante : le droit de propriété implique pour celui qui en est investi l'obligation d'exploiter ce qu'il possède, d'en tirer un profit, d'en faire naître quelque chose d'utile; chez nous, rien de

semblable, la propriété, selon le droit coranique, est éternelle et ne peut jamais être abolie. Qu'elle demeure infructueuse, inutile, elle n'en existe pas moins; là, ce n'est pas l'intérêt qui importe, c'est le droit. Ce principe entraîne des conséquences : nos lois n'autorisent l'expropriation que dans des cas extrêmement rares (1)... ».

Nous verrons que ces affirmations sont contrôlées par les faits. L'expropriation pour cause d'utilité publique n'existe pas en droit musulman. De même, on ne peut y concevoir une exécution sur les biens : la contrainte par corps est le mode normal d'exécution. Enfin, dans un dernier chapitre, nous montrerons que la prescription acquisitive n'existe pas, non plus que la prescription extinctive.

Les droits ont pour raison le juste; ils ne s'acquièrent ni ne meurent par le temps.

(1) Cf. *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} mars 1922, p. 199.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Point n'est besoin de reprendre le dire d'Ebul-Ula-Bey pour remarquer de quelles frontières le droit musulman sépare le juste de l'utile; c'est pourquoi le seul examen du terme d'expropriation pour cause d'utilité publique nous permet de poser qu'il s'agit là d'une institution étrangère à l'Islam.

I

Et, de fait, dans cette législation où la loi n'est que le droit, qu'importent les besoins de la masse, lorsque se dresse, à son rencontre, l'individu maître absolu et libre? Le Sultan, nous l'avons vu, ne peut, ni comme représentant de Dieu, ni comme chef de la communauté musulmane, faire peser le joug de l'Etat par une perception nouvelle d'impôts. Il n'existe, sur les musulmans, que des prélèvements purificateurs, des impositions que le Coran ordonne, rigoureusement il est vrai, mais dans l'unique but de purifier, aux yeux de Dieu, les biens sur lesquels elles sont prises. Elles

sont désignées par le terme général de « *Zekat* ». Le mot « *achour* » « *o'chr* » désigne plus spécialement les prélèvements du dixième ou demi-dixième sur les produits du sol.

Or, les Zekats, le jeûne, la prière et le pèlerinage sont les quatre obligations fondamentales de l'islamisme. Quant à leur importance respective, Sidi Khalil estime que la prière est en premier, puis viennent les Zekats et, ainsi, il place le chapitre des impositions religieuses à la suite du chapitre des prières. Ces impositions sont un devoir de religion, une purification et une sanctification des biens et des propriétés.

« Le Zekat est une ordonnance de Dieu, obligatoire pour tout individu, sain d'esprit et de corps, adulte et musulman et qui est pourvu en toute propriété de la quantité de biens ou d'effets montant à la valeur indiquée dans le langage de la loi par le terme de *niç'ab* (1). » D'après Charani, « les Zekats sont une purification pour la personne et pour les biens possédés et sont un devoir que Dieu a prescrit, dans sa bonté et dans une vue de miséricorde, en raison des impuretés, qui viennent atteindre la personne et les biens (2) ».

Le mot de Zekat exprime, d'ailleurs, cette idée de purification; le prophète *Ezzechiel* n'était-il pas le « *pur devant Dieu* » ?

Par conséquent, la seule imposition, qui existe dans la législation musulmane, a le caractère d'une aumône

(1) Le « *niç'ab* » est fixé, en général, à la valeur de 200 dirhem ou drachmes, ce qui fait, à peu près, 120 ou 130 fr. de notre monnaie : WORMS, *op. cit.*, p. 48, 49.

(2) Cf. CHARANI, p. 129.

religieuse et non d'un impôt proprement dit. La propriété, en effet, est inviolable et sacrée; à plus forte raison l'Etat est-il impuissant à exproprier l'individu pour une raison d'intérêt général. Dieu a fait une obligation au Calife de respecter et de protéger les biens des particuliers, témoin cette proclamation qu'Ali adressait à ses troupes : « Marchons contre (les rebelles et les schismatiques) ceux qui veulent, en nous faisant la guerre, devenir les maîtres et les tyrans des peuples, asservir les serviteurs de Dieu et disposer de leurs biens. »

La communauté musulmane ne peut, en aucun cas, disposer des biens de ses membres.

Les législations occidentales s'accordent, elles, pour reconnaître à la société un droit supérieur susceptible de faire échec à l'individu dans l'exercice de ses droits. L'ancien droit français, bien qu'il n'eût aucun texte pour la réglementer, pratiquait déjà l'expropriation pour cause d'utilité publique. On l'appelait alors « *retrait pour cause d'utilité publique* ». L'expression implique bien cette idée d'un droit supérieur du souverain, maître de toutes choses.

En 1789, le principe fut inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme : « La propriété, étant inviolable et sacrée, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Le Code civil, en reproduisant la formule, remplaça les mots « *nécessité publique* » par « *utilité publique* ». Toutes les législations occidentales s'inclinent devant

ce principe, qui les domine. C'est que la vie des peuples occidentaux se déroule dans un cadre identique; ce sont les mêmes besoins, les mêmes moyens. « La transformation de notre outillage national, le percement de routes nouvelles, la création des voies ferrées, l'assainissement ou l'agrandissement nécessaire des villes exigé par l'afflux des campagnards vers les centres ouvriers, telles sont les principales causes qui font du droit de l'expropriation une des branches de notre législation le plus couramment appliquée (1). » Ces causes, générales en Occident, expliquent et justifient la généralité de l'institution.

Mais, toute autre est la société musulmane. Nomade, elle suit les pistes, qui sillonnent le désert, sans souci de l'harmonie et de la rapidité; stable, elle vit, elle croupit dans ces « *Ksour* », si souvent décrites et où les maisons s'entassent, au hasard, toujours insoumises, rebelles à l'alignement. Par système, l'Arabe se refuse à adopter la ligne droite : « Dieu seul est droit », dit-il. Dans ces conditions, il n'existe chez les musulmans aucune raison réelle pour motiver et justifier l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'individu jouit d'un droit absolu, auquel la société ne saurait en opposer aucun avec succès.

A ce principe de l'inviolabilité de la propriété privée, il est cependant une exception : on la rencontre dans le cas de guerre sainte. Dieu a fait un devoir impérieux au croyant de la déclarer et de la poursuivre :

(1) BERTHÉLEMY, *Droit administratif. Traité élémentaire*, 8^e édition, p. 569.

« J'ai reçu l'ordre, a dit le Prophète, de combattre les hommes jusqu'à ce qu'ils disent : Il n'y a de Dieu que Dieu. Lorsqu'ils l'ont dit, leur sang et leurs biens me deviennent inviolables, sauf aux causes de droit (1). » La guerre sainte constitue, ainsi, un commandement de Dieu; elle est donc un droit de Dieu. Dès lors, le droit de l'esclave étant inférieur, on conçoit que le prince puisse saisir, en cette hypothèse, le bien de l'individu.

Le Prophète, ne s'est-il pas emparé du cheval d'un riche Mekkois, pour le donner à l'un de ses soldats, qui n'en avait point? Il est écrit dans le Coran : « Dieu a acheté aux croyants leurs biens et leur personne pour leur donner le paradis en retour (2). »

Aussi, l'exception n'en est-elle pas une; le principe demeure : le prince n'a pas le droit d'exproprier un musulman pour la raison d'utilité publique.

De même, il n'a pas le droit de confisquer les biens de ses sujets : il peut avoir, cependant, le devoir de le faire et il en est ainsi lorsqu'un musulman se joint aux « ennemis de Dieu et de la religion (3) », pour les aider à triompher de ses frères. Abjurant sa religion, le croyant passe chez l'infidèle et, traître à son Dieu, il commet le crime de haute trahison.

Allah ordonne que ses biens soient confisqués mais, « ni l'apostasie, si l'apostat revient à contrition, ni la rébellion (et la guerre entre deux États musulmans est assimilée à la rébellion), ni le brigandage ne légitiment

(1) Voir plus haut, p. 14 et 15.

(2) Cf. *Coran*, IX, V, 112.

(3) *Adian Allah-ou-rassoulii*.

de la part de l'autorité l'atteinte portée aux biens des particuliers auteurs de ces troubles, biens inviolables et sacrés par la grâce de Dieu (1) ».

Il n'est pas un droit musulman d'intérêt général, qui domine les droits individuels. Nous avons vu que l'exception basée sur le geste du Prophète n'en était pas une à proprement parler; elle ne visait, d'ailleurs, qu'un objet mobilier. Pour ce qui est des immeubles, Porter raconte l'aventure vraiment typique d'une vieille femme turque, qui résista victorieusement à l'Etat. C'était en 1755. Un incendie ayant détruit la Sublime Porte, il fut décidé d'isoler le bâtiment nouvellement construit, pour le préserver plus efficacement contre les risques d'une nouvelle destruction. La plupart des voisins acceptèrent de plein gré de vendre leurs immeubles. Seule, la vieille résista à l'invite du Gouvernement en disant que sa maison lui était plus chère que tout au monde et le Sultan, à qui l'on préconisait d'user de la violence, déclara que cela ne pouvait se faire, « puisque l'immeuble était la propriété de la bonne femme (2) ». Le fait est assez caractéristique pour se passer de commentaire.

En présence d'une propriété si absolue, il est étrange que le professeur Nauphal se soit égaré, au point de dire que « partout où règne la législation musulmane, la propriété individuelle n'est et ne peut être qu'une

(1) Cf. AHMED SAKKA, *op. cit.*, p. 83.

(2) Cf. PORTER : *Observations sur la Religion et les Lois*, trad. de l'anglais par BUGIER (Londres et Paris, 1769), I, 113 à 115. Cf. ANQUETIL-DUPERRON : *Législation orientale*, Amsterdam, 1778.

sorte d'émanation à courant ou à opération continue de l'autorité souveraine. Il dépend de cette dernière de continuer ou d'interrompre, à son gré, le courant qui l'établit. Le propriétaire à titre individuel n'est qu'une espèce de détenteur ou de concessionnaire, à titre définitif et obligatoire pour lui, mais facultatif et éventuel pour l'autorité souveraine (1) ». Le professeur Nauphal fait une trop large part au *waqf* et il méconnaît toute l'évolution, qui s'est opérée dans la politique du vainqueur musulman. Il méconnaît l'attribution première par l'Imam à ses compagnons d'armes des terres conquises, attribution en pleine propriété et il généralise trop hâtivement le dicton oriental aux termes duquel : « La terre est à Dieu et au souverain. »

II

L'expropriation pour cause d'utilité publique, « la prise de possession par l'Etat des fonds bâtis et non bâtis, moyennant le paiement d'un prix correspondant à leur valeur (2) », n'existe en Turquie que depuis le 13 mai 1879. Une première loi du 4 *Redjeb* 1272, soit en 1856, l'avait réglementée, mais cette loi fut abrogée et remplacée par celle du 21 *Djemazi-ul-ewel* 1295, qui est toujours en vigueur (3).

Cette loi, a-t-elle été, dans le domaine de la propriété,

(1) Cf. plus haut, p. 69.

(2) Cf. art. 1^{er} de la loi du 21 *Djemazi-ul-ewel*, 1296.

(3) Elle figure au *Dustour*, Vol. IV, p. 560. Cf. HEIDBORN : *Droit public et administratif de l'Empire ottoman*. Livraison II, p. 344 (édit. de 1909). Cf. encore YOUNG : *Cours de droit ottoman*, vol. VI, p. 127 (édit. 1906).

une révolution juridique ou seulement le terme d'une lente et sage évolution? N'en trouvons-nous pas comme le germe dans El Mawerdi : « Omar étant devenu Calife, agrandit la mosquée à raison de l'affluence plus grande des fidèles et acheta, pour cela, des maisons, qu'il démolit et dont l'emplacement augmenta le local primitif; il en démolit même, malgré l'opposition de quelques-uns des propriétaires, qui refusaient de vendre, mais en consignait le prix, qu'ils finirent par accepter (1). »

C'est que la prière est, comme la guerre sainte, un moyen de plaire à Dieu : les lieux de prière sont donc nécessaires et El Mawerdi poursuit : « Après Omar, vint Othman, qui acheta encore des habitations voisines, pour procéder à un nouvel agrandissement. Comme des propriétaires se montraient récalcitrants, il consigna aussi le prix de ces immeubles, mais ils vinrent près du temple pousser des clameurs contre lui : « C'est donc, dit-il, ma douceur à votre égard qui « vous donne cette audace vis-à-vis de moi ! Omar a « fait de même et vous vous êtes déclarés satisfaits ! » Et il les fit emprisonner. »

Les législations occidentales n'imposent pas si violemment leurs nécessités. La loi de 1879 est donc un aboutissement. Le droit musulman n'est pas, en effet, le droit immuable, que l'on a dit; son droit public notamment est susceptible de progrès, car il émane, non de la Parole Divine, des prescriptions du Coran, mais de la *Tradition*, « cette tradition sans unité,

(1) Cf. EL MAWERDI, *op. cit.*, p. 345.

connue de certains compagnons du Prophète et ignorée de certains autres, d'où cette multitude de hadiths souvent contradictoires, parfois dans un même rite et cette divergence d'opinions si fréquente chez les docteurs musulmans (1) ». Le droit public s'est ainsi formé et il se forme encore, progressivement, de précédents si peu incommutables que des jurisconsultes réputés, tel El Kurdi, conseillent aux Sultans : « d'imiter les actes des Césars, lorsque ces actes sont dignes d'éloges et recommandables en eux-mêmes ».

D'autre part, le Prophète ne pouvait songer qu'à une association, une organisation familiale, étant donné le milieu parmi lequel il accomplissait sa mission : ces tribus nomades et guerrières de l'Arabie; toute notion d'Etat était absente chez elles. La communauté musulmane se compliquant, les cadres tracés par le Prophète, trop étroits, devaient se modifier.

Or, des empires musulmans, la Turquie est incontestablement celui dont l'évolution est la plus marquée et dont la civilisation se rapproche le plus de la civilisation occidentale.

De fait, l'intérêt public de la loi de 1879 est celui-là même, que prescrit la loi du 3 mai 1841, en France : Il est l'intérêt général et l'expropriation, « *istimlak* », est possible pour tous travaux, entreprises, qui présentent ce caractère, tels par exemple : « l'élargissement des rues, la création de marchés ou de jardins publics, la construction de chaussées, de chemins de

(1) Cf. ARTIN BEY : *Propriété foncière en Egypte*, p. 25 note. Voir aussi p. 70.

fer, de ports, de docks, de fontaines publiques, de bassins, d'hôpitaux, d'écoles, de casernes ».

Elle n'en reste pas moins une institution contraire au principe de la propriété inviolable. Aussi, avant de déposséder l'individu, la loi prescrit-elle une enquête sur l'utilité des travaux. Il en est de même, à la vérité, dans notre législation.

Une fois l'enquête achevée, le caractère d'utilité publique reconnu, l'expropriation est alors décidée, avec l'autorisation du souverain accordée par *iradé impérial*.

Lorsque les terrains ou immeubles à exproprier sont situés à Constantinople ou sur le territoire de plus d'une province, c'est au Conseil d'Etat, qu'il appartient d'examiner le cas et de décider si l'expropriation se justifie par l'intérêt public; c'est au Conseil administratif du *vilayet*, présidé par le gouverneur général, s'il s'agit de biens situés dans une seule province.

Des experts sont nommés, au nombre de trois, pour se rendre sur les lieux, procéder à l'arpentage et recueillir tous éléments nécessaires à leur rapport. Dans ces opérations, ils sont accompagnés par quatre membres du Conseil municipal, un délégué du tribunal du Chéri et un fonctionnaire du cadastre. Toute cette Commission d'enquête s'informe, auprès des personnes compétentes, de la valeur des immeubles à exproprier, et c'est elle qui, après avoir rédigé un rapport, fixe l'indemnité à allouer au propriétaire dépossédé.

Les décisions du rapport sont affichées et publiées et le propriétaire, qui ne se considère pas dédommagé,

a un délai de huit jours pour adresser une requête au Président de la Municipalité. Ce dernier doit en faire part au Conseil municipal qui, après examen de la requête, fait parvenir sa décision au ministre de l'Intérieur. Si celui-ci ratifie la décision du Conseil concluant à l'expropriation, de nouvelles publications interviennent pour informer le propriétaire de l'époque à laquelle il y sera procédé.

Le propriétaire a quinze jours pour accepter ou refuser les offres de la municipalité, mais il ne peut les refuser sans motiver son refus. L'affaire est alors portée devant le tribunal civil : ce tribunal civil prend l'avis d'un Conseil d'experts « *hakem endjumeni* » qu'il nomme lui-même, d'ailleurs, et qui se compose de sept à onze membres choisis parmi les candidats qui, lors des dernières élections municipales, ont recueilli le plus de votes après les candidats élus. Ce Conseil d'experts fait une enquête et rend une sentence, qu'il présente au tribunal à fin d'homologation. Homologuée, elle est insusceptible d'appel, mais les parties peuvent dans les quinze jours, qui suivent la signification du jugement, se pourvoir en cassation.

En droit français, dans la procédure de l'expropriation, il n'est aucun appel possible. Il ne s'agit pas, en effet, de trancher un conflit. C'est là la preuve d'une soumission plus parfaite de l'intérêt particulier, d'un respect plus grand à l'intérêt public. Il n'existe qu'un recours pour excès de pouvoir, vice de forme ou incompétence, que l'on porte, dans un délai de trois jours à dater de la notification, devant la Chambre civile de la

Cour de Cassation, sans passer par la Chambre des requêtes.

La loi de 1879 en Turquie n'est donc pas le terme, mais seulement une étape dans l'évolution de l'institution. Par la faculté qu'elle laisse aux individus de procéder, elle conserve en eux l'illusion de ce droit absolu, inviolable, que nous envisageons.

Or, en dépit de l'indemnité et bien qu'elle corresponde exactement à la valeur de l'immeuble, le propriétaire dépossédé peut souffrir de gros préjudices. Il en est ainsi lorsque l'expropriation a visé, non l'ensemble de son immeuble, mais une partie seulement. La loi de 1879 a prévu cette hypothèse et elle contient, à cet égard, des dispositions protectrices des droits particuliers. Elle distingue, cependant, suivant qu'il s'agit d'un immeuble bâti ou d'un terrain, mais la distinction ne porte que sur un détail. En principe, en effet, le propriétaire a le droit d'exiger l'expropriation de l'immeuble tout entier. Si l'immeuble est un bâtiment, il faut que la partie expropriée en représente le quart au moins; il faut qu'elle en représente la moitié, s'il est un terrain et, de plus, que la seconde moitié de ce terrain soit rendue inutilisable du fait de l'expropriation de la première.

Un autre préjudice pour le propriétaire peut résulter du fait que l'expropriation, une fois ordonnée, n'est pas mise en exécution. La loi l'autorise donc, si cette exécution n'est pas réalisée dans l'année qui suit la décision, à recourir au tribunal pour en demander la réalisation immédiate ou l'annulation et le tribunal

doit rendre son jugement dans un délai de huit jours.

Enfin, aucune décision d'expropriation ne peut recevoir son exécution, si le propriétaire n'a pas touché, auparavant, le montant de son indemnité; s'il ne se considère point désintéressé par cette indemnité et s'il exerce son recours au tribunal, la loi prescrit que la somme offerte doit être, avant toute exécution, consignée à la Banque Impériale Ottomane ou à l'une de ses succursales et, s'il s'agit d'une région où il n'existe aucune succursale, à la Caisse du gouvernement.

Une disposition complémentaire à la loi de 1879, en date du 1^{er} *Kianoun-i-sani* 1298 (1) ajoute que, sitôt après la décision municipale, l'expropriation peut être exécutée, quelque parti que prenne le propriétaire; il suffit que la somme fixée par les experts soit déposée, augmentée d'un supplément de 20 %.

Cet article additionnel marque un pas de plus vers la conception européenne. Il n'en reste pas moins que toute la loi de 1879 respire une certaine gêne et que, dans le monde musulman, elle constitue une exception. La Turquie est le seul pays musulman qui admette, à l'heure actuelle, l'expropriation pour cause d'utilité publique (2).

(1) Cf. DUSTOUR, Appendice n° 3, p. 43.

(2) Les malékites cependant ne sont pas sans la connaître. Dans son étude des biens « habous », biens inaliénables, SIDI KHALIL dispose en effet : « Néanmoins, la vente pourra en être ordonnée, même par voie d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, comme pour l'agrandissement d'une mosquée. Dans ce cas, le emploi du prix en acquisition d'un autre immeuble sera obligatoire. » (Cf. art. 1268, trad. SEIGNETTE). Le texte est très net.

A fortiori, faut-il en déduire que le rite malékite admet

Le principe demeure donc celui d'une propriété absolue, inviolable et intangible. Seul Dieu « parce qu'il achète aux croyants leurs biens et leur personne, pour leur donner le paradis en retour » peut légitimer une dépossession forcée.

l'expropriation pour cause d'utilité publique, en ce qui concerne les biens libres de toute immobilisation? Nous ne le pensons pas. Hors l'article 1268, il n'est aucun texte pour justifier une déduction aussi extensive et, d'autre part, l'article 1268 semble limiter lui-même sa portée : « Comme pour l'agrandissement d'une mosquée ». C'est l'hypothèse qu'avait prévue EL MAWERDI (*op. cit.*, p. 345. Cf. plus haut, p. 81).

CHAPITRE II

DE L'EXÉCUTION SUR LES BIENS (1).

I

Ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique n'existe pas dans le droit musulman; l'inviolabilité de la propriété est absolue. Ce même principe a une autre conséquence : le droit musulman ne connaît pas de l'exécution sur les biens et la contrainte par corps est le mode normal d'exécution.

C'est là la caractéristique des peuples primitifs. A Rome, sous l'empire de la loi des douze tables, la condamnation s'exécutait uniquement sur la personne physique du débiteur. La « *manus injectio* » était une prise de corps effectuée par le créancier sur la personne physique du débiteur insolvable ou récalcitrant, en présence du magistrat : « De ce que tu as été condamné à me payer X... sesterces et que tu ne t'es pas acquitté, je mets la main sur toi (*manus injicio*) (2). » Le créancier emmenait, alors, chez lui le débiteur,

(1) Cf. pour ce chapitre l'étude de M. de Leiritz. *Revue algérienne*, 1894, I, p. 73; 1895, I, p. 269; 1896, I, p. 57; 1899, I, p. 77 et 98.

(2) Cf. GAIUS, IV, p. 21.

comme « *addictus* », pour l'enfermer « *in carcere privato* » et l'y détenir, jusqu'à ce qu'il fut libéré.

Mais le débiteur n'était pas, de ce fait, dépouillé de son patrimoine. Il conservait la faculté de vivre « *de suo* »; c'est ainsi qu'il est dit dans la loi des douze tables : « *Si volet suo vivito.* » La détention durait soixante jours; ce délai expiré, si le débiteur ne s'était pas libéré et si personne de ses amis ou parents n'était intervenu, le créancier le mettait à mort ou le vendait comme esclave au delà du Tibre : « *trans Tiberim* ».

La personne du débiteur constituait un *gage corporel* dérivant de l'obligation même et étayant en quelque sorte la créance. Le débiteur était « *obligatus* », c'est-à-dire chargé de chaînes. Cette même idée se retrouve dans la désignation du contrat : le « *nexum* » est un nœud, un lien.

Or, toute différente est la conception musulmane. La contrainte par corps ne participe plus, en effet, d'une idée d'obligation, mais d'un *principe d'autorité*. Et de fait, le créancier ne peut appréhender son débiteur, il ne peut le saisir de son propre chef. Il doit auparavant porter plainte, dénoncer, demander au magistrat, le Cadi, son autorité.

Ce magistrat juge sans appel. Interprète délégué d'un droit divin, il est unique; cette unité de juge est le reflet de l'unité divine : *Un Dieu et un Prophète, un Livre une Loi, un Kalife et un Cadi.*

En vérité, le Khalife, successeur du Prophète, réunit en sa personne le pouvoir des deux glaives : « En leur qualité de dépositaires suprêmes du Coran et de la Loi

sacrée, ils sont tout à la fois pontifes de la religion, administrateurs de la justice, et docteurs de la législation musulmane (1). »

C'est du Khalife lui-même que le Cadi tient son pouvoir judiciaire, par délégation, aussi est-il, après lui, la plus haute autorité religieuse, morale et judiciaire : « Un juge ne doit jamais oublier qu'il est le représentant, le vicaire, non seulement du souverain, mais encore de notre Prophète (2). » Son dire est vérité et ses ordres emportent exécution. Obéissance immédiate lui est due. Résister serait s'insurger contre la foi. Telle est la raison véritable des pouvoirs disciplinaires conférés au Cadi sur les justiciables, de son droit de châtier par l'emprisonnement et la bastonnade (3).

Par ailleurs, dépositaire de la morale, ce magistrat se trouve saisi d'office dès qu'elle est atteinte et, en dehors de tout procès, il a le pouvoir de punir quiconque manque de bonne foi dans ses engagements : « Il est permis au Cadi de battre (de sa propre main ou de faire battre ou emprisonner) celui qui remet de délai en délai à payer (ou livrer, ou donner ce qu'il doit). Le Cadi n'a pas pour cela besoin d'attendre les preuves judiciaires. Il suffit qu'il connaisse la vérité du fait. Il a le droit, aussi, pourvu qu'il soit juste, de punir

(1) Cf. D'OHSSON : *Tab. gen. de l'Empire ottoman*, t. IV, 2^e partie, p. 482.

(2) Cf. D'OHSSON, t. VI, p. 178.

(3) Cf. SIDI KHALIL, traduction PERRON, chap. XXXVIII, sect. 1^{re} : *Des qualités morales, physiques, scientifiques requises pour faire un Cadi*.

celui qui cherche à se soustraire à une décision judiciaire (1). »

Ainsi, la contrainte par corps en droit musulman est un *droit juridictionnel* et non une garantie contractuelle.

Et c'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'un individu notoirement solvable, seul le paiement mettra fin à l'emprisonnement : « L'incarcération du débiteur, qui dissimule son bien, est prolongée jusqu'au paiement ou jusqu'à sa mort (2). » Celui-là, en effet, commet une injustice : il lui faut un châtement.

Au contraire, s'il est vraiment insolvable, il ne commet pas de faute; le Cadi, alors, ne peut avoir aucune action coercitive. En droit romain, cette notion de faute n'était pas considérée; par le seul fait du non-paiement à l'échéance, la personne du débiteur appartenait à son créancier.

Les institutions d'un peuple, disent les sociologues, sont toujours, dans leur ensemble, celles qui lui conviennent le mieux, parce qu'elles dérivent spontanément de son état social actuel, des conditions économiques du pays et de l'époque, enfin des nécessités de son existence dans le lieu et dans le temps présent.

Or aucune institution musulmane ne justifie davantage cette allégation que l'emprisonnement pour dettes. Etant donné, en effet, l'organisation et les mœurs sociales des musulmans, il est une nécessité.

Si-Hammou ben-Omar ben-Zornadj, assesseur

(1) Cf. SIDI KHALIL, chap. XXXVIII, sect. 2, 3, p. 136.

(2) Cf. BEN ACEREM (Houdas et Martel), art. 1439.

musulman au tribunal de Constantine, remarque lui-même qu'en ce qui concerne la fidélité aux engagements l'Arabe n'a pas une loyauté très certaine : « La majeure partie des débiteurs récalcitrants, dit-il, ne s'exécutent le plus souvent que parce qu'ils craignent d'être écroués »; et encore : « De tout temps, chez les musulmans, un débiteur, qui a les moyens de payer et qui refuse de le faire, s'exécute immédiatement, sitôt qu'il est menacé de la prison (1). » La crainte du gendarme fait les honnêtes gens. Ce dicton est universel. Et Si-Hammou ben-Omar ben-Zornadj explique : « Les européens ont constamment leur mobilier et leurs biens, soit dans leur domicile, soit dans leur magasin et ils habitent généralement les villes. Dans ces conditions, il ne leur est pas facile de dissimuler leurs biens chez des tiers, chose qui leur répugne du reste. La dissimulation de l'actif saisissable est, au contraire, une pratique enracinée dans les mœurs des musulmans, au point qu'on serait tenté de croire qu'elle fait partie du point d'honneur. » Et, dans ce sens, Ernest Mercier écrit : « Lorsqu'un bédouin est menacé de la poursuite d'un créancier, que fait-il pour lui soustraire

(1) A rapprocher : « Les musulmans reconnaissent la supériorité matérielle des européens, mais en se réservant la supériorité morale et sociale. » Cf. MISMER : *Soirées de Constantinople*, p. 313. De même, G. LE BON : « J'ai toujours été frappé, dans mes voyages, de voir que ce sont surtout les lettrés orientaux ayant visité l'Europe, que notre civilisation séduisait le moins. Je n'en ai pas encore connu qui ne m'ait pas soutenu que les Orientaux sont beaucoup plus heureux, plus honnêtes et plus moraux que les Européens, tant qu'ils n'ont pas eu de contact avec eux et que le seul résultat de notre civilisation est de les dépraver et de les rendre misérables. »

son avoir? Il se présente devant le Cadi accompagné de son épouse ou du mandataire de celle-ci et déclare : « *Pour rendre hommage à la vérité* », que les bestiaux de telle ou telle espèce, qui se trouvent en sa possession, appartiennent tous à sa femme, qu'elle a recueilli, dans l'héritage de son père ou acheté au moyen de bijoux par elle vendus, tant de vaches ou de brebis, ou une jument et que le produit de ces femelles a formé le troupeau actuel. La femme confirme ses dires et voilà que tout lui appartient. Le citadin, commerçant ou autre, fait de même à l'égard de ses marchandises ou du mobilier de son magasin (1). »

Le procédé le plus communément employé est celui que Si-Hammou ben-Omar signale pour les tribus : « Dissimuler ses bêtes ou les cacher chez quelques parents ou amis est chose facile chez les Arabes, qui agissent soit par ignorance, soit par mauvaise foi, surtout chez les habitants de la tente, qui, sans en craindre les conséquences, cachent, le plus souvent dans un excès de méfiance, leurs biens dans les ravins et les escarpements des montagnes. »

Cette habitude instinctive de dissimuler justifie toute la latitude laissée au Cadi d'éprouver l'insolvabilité déclarée. Car, c'est là le but que poursuit le musulman, en dissimulant : « se faire juger insolvable, afin d'éviter la prison ».

(1) Cf. *Revue algérienne*, 1895, I, p. 138.

II

Tout débiteur, en effet, solvable, maître de ses droits, est passible de contrainte par corps : « Tout débiteur, en faillite ou non, homme ou femme, ou libre ou esclave autorisé par son maître à commercer, que le passif excède ou non l'actif, sera incarcéré, jusqu'à ce qu'il ait prouvé son insolvabilité, si toutefois la situation de ses affaires n'est pas bien connue (1). » De même, Ebn Acem dispose : « L'incarcération du débiteur récalcitrant ou qu'on soupçonne (de tenir cachés les biens, dont il est propriétaire) dure jusqu'à ce qu'il paie ou prouve son insolvabilité (2). »

Tel est le principe. Il comporte une exception introduite à la fois par la doctrine et les mœurs : le père et la mère ne peuvent être incarcérés pour dettes envers leurs enfants. Mais cette exception est stricte et elle ne s'étend à aucun autre ascendant. Un petit-fils peut donc exiger la détention de son aïeul (3). Bien plus, elle ne s'impose pas absolument et l'Imam Malek conseille à l'autorité compétente de peser minutieusement ce qu'il y a de plus sage à faire pour l'enfant, dont les intérêts sont en souffrance, du fait des procédés dilatoires du père ou de la mère : « Je ne serais pas injuste, dit-il, envers l'enfant pour favoriser les intérêts du père et la mère. »

Le juge a donc à décider et, d'autre part, étant le gar-

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 31.

(2) Cf. EBN ACEM (trad. HOUDAS et MARTEL), art. 1437.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 36.

dien de la morale, il a toute latitude pour examiner : « A quels moyens de rigueur il est convenable de recourir, soit aux coups, soit à toute autre peine correctionnelle, non en vue du droit de l'enfant, mais en vue de la justice divine et comme enseignement qui rappelle au respect de la propriété d'autrui (1) ».

Au contraire, sont dispensés absolument de l'incarcération les débiteurs incapables, c'est-à-dire non maîtres de leurs droits, tous ceux que le droit islamique appelle des « interdits » et qu'il soumet à une tutelle légale ou judiciaire. Il en est ainsi du mineur, tant qu'il n'est pas apte à gérer son patrimoine. La majorité (2), chez les musulmans, ne suit pas, en effet, un âge déterminé (3). Elle s'acquiert par l'émancipation, c'est-à-dire par la constatation de la maturité de raison suffisante pour se conduire seul dans la vie. Il est dit au Coran : « Elevez vos pupilles jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se marier et lorsque vous les croirez capables de se bien conduire, remettez-leur l'administration de leurs biens (4). » Quant aux filles, elles ne sont émancipées que par le mariage : « L'interdiction de la jeune fille, déclare Malek, ne cesse pas, alors même qu'elle serait reconnue, au moment de sa

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 37.

(2) Il s'agit ici de la majorité quant aux biens. La loi musulmane connaît deux majorités : la majorité quant à la personne, qui est acquise à la puberté et la majorité quant aux biens, qui suppose la puberté mais n'en résulte pas nécessairement. Voir MORAND : *Etudes de Droit musulman*. Interdiction pour cause de minorité.

(3) En rite hanéfite, toutefois, la majorité est acquise automatiquement comme en droit français, par l'arrivée du pupille à l'âge de 25 ans. Cf. CHARANI, *op. cit.*, p. 315 et 316.

(4) *Coran*, IV, 5.

puberté, capable d'administrer; on attend qu'elle soit mariée, que son mari ait consommé avec elle le mariage et qu'il soit certain qu'elle est demeurée apte à gérer ses propres biens, comme avant son mariage (1). »

De même, prodigues et aliénés ne peuvent être incarcérés, serait-ce pour dettes contractées tandis que les motifs de leur interdiction n'existaient pas encore. La contrainte par corps est une voie rigoureuse d'exécution; elle ne peut se concilier qu'avec la pleine et entière liberté d'agir chez les personnes contre qui elle est exercée.

Mais, cette exception concernant les interdits mise à part, le principe de la contrainte par corps est absolu et général. Ni le déclin de la vie, ni les liens de famille sauf, nous l'avons vu, ceux qui unissent le père et la mère à l'enfant, ni la faiblesse du sexe ne trouvent grâce devant lui. Pourtant : « Fresle chose est de femme et, pour ce, ne veut la loi qu'elle soit tourmentée de prison pour dette publique », disait Bouteiller (2).

La loi musulmane n'excepte pas la femme de la détention, mais elle dispose qu'elle aura lieu « sous la surveillance d'une femme sûre, honnête, n'ayant pas de mari ou ayant avec elle un homme (qui soit son père ou son fils ou son mari, mais) sur la moralité duquel on puisse entièrement compter (3) ». Il faut éviter ce péril de leur pudeur que l'immunité, dont les grati-

(1) Cf. CHARANI, *op. cit.*, p. 314. Cf. MORAND, *op. cit.* Interdiction, p. 158 et 159.

(2) Cf. *Somme rurale*, II, 6, art. 9.

(3) SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 35 et 36.

fait le droit chrétien, se proposait surtout de leur épargner « *ut non inveniantur circa castitatem injuriatæ* (1) ».

III

La règle est donc *l'incarcération*. Le débiteur, qui ne paie pas, peut toutefois se soustraire à la prison en fournissant une caution, qui réponde de la dette même : « Lors donc qu'il sera bien connu que le débiteur est dans l'impossibilité de payer, il sera laissé en liberté; de même s'il donne un répondant ou une caution (2). »

Or, il est un cautionnement spécial dit de *comparution* ou encore « *de visage* » et qui s'applique à la personne même du débiteur : « Tout individu, jouissant de son droit discrétionnaire d'action, peut s'engager légalement, à titre de caution, à présenter ou à faire comparaître, lorsqu'il en sera besoin ou dans le temps voulu, tel débiteur, non tel coupable, placé sous le poids d'une accusation comportant une peine corporelle quelle qu'elle soit (3). » Grâce à ce répondant, le débiteur incarcéré ou sur le point de l'être obtient son *élargissement*. Quant au répondant, il est tenu de la comparution du débiteur à l'époque dite. Mais c'est là toute son obligation. Abou Hanifa et Shafei se prononcent en ce sens : « Celui dont on a cautionné la personne a-t-il disparu ou pris la fuite, la caution n'a

(1) Justinien, nov. 134.

(2) SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 31. Également ERNACEM, art. 1438.

(3) SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 154 et 155.

d'autre obligation que de la présenter ou de la faire présenter; elle n'est garant d'aucune valeur. Si elle se trouve dans l'impossibilité de présenter le débiteur disparu, on fixe à ce garant, dit Abou Hanifa, un délai d'aller et retour; et, s'il ne ramène pas la personne cautionnée, il est mis en réclusion, jusqu'à ce qu'il la présente. » Et Shafei ajoute : « Il ne doit jamais, et dans aucun cas, être constitué garant de la dette. » Il est, en effet, logique et juste de limiter une obligation aux termes mêmes de l'engagement, qui lui donne naissance. C'est là la conception du droit français.

Mais, d'après Malek, le garant qui ne présente pas la personne, est constitué débiteur de la dette. Et Charani, qui rapporte les opinions de ces docteurs admet cette dernière doctrine car, dit-il, « en vérité, l'esprit admet de suite qu'en se portant garant de la personne, on le fait par rapport à la dette (1) ». Fidèle à la doctrine de son maître, Sidi Khalil dit également : « Si la caution ne présente pas le débiteur dans le temps fixé, elle est responsable de la dette. » Ebn Acem est dans le même sens : « A moins que la caution personnelle n'ait spécifié une limitation expressément, il est de règle, dit-il, qu'elle est tenue aussi du paiement (2). »

Quoi qu'il en soit, pour que l'intervention de la caution soit utile, il faut que le débiteur se trouve dans l'impossibilité de payer : « Celui qui jouit d'une

(1) Cf. *Balance de la loi musulmane*, trad. PERRON. Luciani, p. 325.

(2) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, art. 462.

grande aisance ne sera pas admis à fournir caution; il devra payer sa dette, sinon il sera emprisonné (1). »

On doit, pour demeurer en harmonie avec les règles de la morale et de la religion, *tenir ce que l'on a promis*. Manquer à la parole donnée constitue une faute et réclame une peine : « S'il est de notoriété qu'un débiteur a des valeurs en numéraire (ou qu'il est solvable bien qu'il n'ait pas de valeurs numéraires)... il sera battu de reprises en reprises et cela en pleine assemblée et par les ordres du Cadi ou du représentant de l'autorité, qui prononce le nombre de coups à donner (2). »

Or, il peut arriver que le débiteur, quoique solvable, ne puisse se libérer au jour dit. Un commerçant, par exemple, tout en ayant de l'argent dans sa caisse, est dans l'impossibilité d'en disposer. Un sursis lui est accordé, moyennant une caution garantissant, alors, la dette : « Lorsqu'un débiteur, qui paraît avoir des ressources, promet de payer et demande pour cela, par exemple, un sursis d'un jour à cinq jours, on accède à sa demande, pourvu toutefois qu'il fournisse une caution ou une garantie pécuniaire, sinon il est incarcéré (3). » Le principe n'en reste pas moins : seul le débiteur insolvable peut fournir caution. Qui peut payer doit payer. Et la règle, d'ailleurs, est que tout

(1) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1442. De même SIDI KHALIL, trad. PERRON, p. 32 : « Le débiteur, qui peut payer et dont les moyens sont connus, est mis en détention et il y reste, jusqu'à ce qu'il ait payé; on n'accepte pas de caution. »

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 33.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 32. Voir aussi EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1440 et 1441.

individu peut le faire. Ebn Acem la formule ainsi .
« On présume que toute personne a des moyens d'existence (1). »

IV

Par suite, celui qui ne paie pas à l'échéance de sa dette doit être emprisonné, à moins qu'il ne fournisse une caution et qu'il ne prouve son insolvabilité, son indigence. S'il est indigent, on ne peut, en effet, par application des règles de la juste morale, lui infliger une peine. Il n'y a pas de faute. On doit lui donner du temps : « Jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. »

Comment se prouve l'indigence du débiteur? La preuve testimoniale est la preuve de droit commun dans la législation musulmane; des témoins donc seront produits, pour attester qu'à leur connaissance le débiteur est gêné ou encore indigent. Il ne faut pas d'affirmation catégorique, disent les jurisconsultes musulmans, sur la réalité de faits dont Dieu seul a connaissance. Le serment est déféré au débiteur et, comme les témoins, celui-ci jure seulement qu'il n'est, à sa connaissance, propriétaire d'aucun bien apparent ou caché. De fait, à l'heure où il prête serment, voire même peu de temps auparavant, il peut être appelé, à son insu, à une succession qui lui fait acquérir un bien. Une affirmation absolue, disent les commentateurs, pourrait l'exposer à un faux serment : « Lorsque des dispositions testimoniales auront déclaré qu'on ne lui connaît

(1) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1444.

ni biens apparents, ni biens intérieurs, il (le débiteur) devra attester par serment la vérité des dépositions et déclarer qu'il ne se connaît et ne possède ni biens apparents ni biens intérieurs... » Et Sidi Khalil ajoute encore : « Si les dépositions testimoniales affirment que le débiteur n'a pas de quoi payer et n'a, non plus, ni biens apparents ni biens intérieurs, elles sont nulles (1). »

L'insolvabilité est ainsi prouvée; le débiteur est remis ou laissé en liberté, selon qu'il se trouve ou non en prison. D'après le rite hanéfite, il doit alors payer ses créanciers dans la mesure de ses moyens. Le rite malékite considère qu'il peut attendre, pour cela, de se trouver « dans un état plus facile et meilleur ». Tous admettent qu'il convient de lui laisser de quoi pourvoir à sa subsistance et à celle de sa famille.

Or, le débiteur peut refuser de prêter le serment qu'il est dans l'indigence. On considère alors son refus comme un aveu de sa mauvaise foi et il est condamné à la prison perpétuelle (2).

Si ses ressources sont inconnues de tous et si, d'autre part, il ne se trouve personne pour confirmer ses allégations, son affirmation seule n'étant pas la preuve suffisante de son insolvabilité, il est soumis à l'épreuve dans la mesure de sa dette : « On l'emprisonne pour une durée d'un demi-mois si la quotité de sa dette est minime. L'emprisonnement pour une dette de moyenne importance sera d'une durée de deux mois et du

(1) SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 33 et 34.

(2) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1447.

doublé de ces deux mois, s'il s'agit d'une dette considérable (1). » Sidi Khalil est moins précis : « Lorsque la détention se sera prolongée en proportion convenable relativement au montant de la dette et à l'individu. » La personne de l'individu est, en effet, à considérer car : « Pour les individus haut placés dans la société ou des individus sans valeur aux yeux de la société, c'est à la justice à juger quelle doit être la différence du châtimement de la détention (2). »

L'épreuve accomplie, le débiteur, qui n'a pu se libérer, est considéré comme vraiment insolvable; il est mis en liberté. Toutefois, au préalable, il doit encore prêter le serment « qu'il ne se connaît ni biens extérieurs ou apparents, ni biens intérieurs ». Aucune faute ne peut donc lui être reprochée. Il ne paie pas, parce qu'il lui est impossible de payer.

V

Telles sont, en droit musulman, « *les règles à suivre envers les débiteurs* », c'est là le titre même du chapitre XCIV du Traité d'Ebn Acem. Il n'est aucune trace d'une exécution sur les biens. Les rapports d'obligation sont personnels. La contrainte par corps est l'exécution logique et elle s'impose. C'est ainsi que le créancier *rahniataire* (3), qui n'est pas payé à l'échéance, n'a pas le droit de procéder, lui-même et directement, à la vente de son gage. La propriété est

(1) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1432 et 1433.

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 35.

(3) Créancier gagiste.

inviolable et sacrée. Il lui faut obtenir du constituant débiteur une autorisation spéciale, en vertu de laquelle il devient un « *mandataire in rem suam* », en quelque sorte : « Quand l'échéance de la dette est fixée, l'usage permet de vendre le gage sans autorisation nouvelle du constituant, pourvu que cette autorisation ait déjà été donnée avant l'échéance, mais postérieurement à la date du contrat principal (1). » Une contrainte morale serait trop aisément exercée sur le débiteur au moment où il traite, tandis qu'il a besoin d'argent et, de même, après l'échéance, alors que, n'ayant pas payé, il se trouve sous le coup de poursuites. Aussi son autorisation n'est valable que donnée après le contrat principal et avant l'échéance de la dette. Le créancier, qui n'est pas indemnisé, peut alors, à l'échéance, procéder à la vente du gage.

D'après le rite hanéfite et le rite shaféite, une autorisation nouvelle du débiteur après l'échéance est nécessaire. Le créancier, pour vendre son gage, doit avoir « *le consentement actuel* » de son débiteur. Le shaféite En Nawawi déclare même que « jamais la vente ne peut s'effectuer par le créancier, même avec le consentement du débiteur, si ce n'est en présence de celui-ci (2) ».

On a admis, cependant, dans la suite, que le juge pouvait substituer utilement son consentement à celui du débiteur. Le gage, en vérité, ne confère-t-il pas aux

(1) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, p. 240 et 241. Dans le même sens, SIDI KHALIL, trad. PERRON, p. 543 et 544.

(2) Cf. *Minhadj-at-Talibin*. Trad. Van-den-Berg, t. I, p. 440.

créanciers le droit de se faire payer sur son objet? Il a été prescrit, à cet effet, que seuls peuvent être donnés à *rahnîa*, les biens susceptibles d'être vendus. « La chose engagée doit être sujette à la vente (1), dit la Medjellat et Sidi Khalil définit le nantissement : « La remise d'une chose dont la vente est licite (2). »

Dès lors, puisque le gage ne peut porter que sur des objets qui se vendent, c'est que la vente est de son essence. Par suite, si le débiteur, qui ne paie pas, ne veut pas consentir à la vente du gage, qu'il a constitué, le juge peut y procéder : « Si le débiteur refuse de vendre le gage, il sera vendu par autorité de justice (3). »

Il faut remarquer, toutefois, que c'est là une solution à adopter à la dernière extrémité; il faut tâcher, en effet, par tous les moyens, d'amener le débiteur à consentir à la vente. Charani déclare même que si « le débiteur s'y refuse, l'autorité judiciaire l'oblige à vendre le gage (4) ». C'est dire combien l'intervention du juge apparaît exceptionnelle aux docteurs de l'Islam. Encore lui recommandent-ils *de ne pas se presser* : « Les marchandises appartenant au débiteur

(1) Cf. art. 709, al. 1.

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 368. Voir EBN ACEM, vers 235 : « Une condition essentielle, c'est que la chose remise en gage soit de celles qu'il est possible de donner en paiement d'une obligation. »

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 409. De même, EN NAWAWI, *op. cit.*, t. 1, p. 440 : « Le juge peut procéder à la vente sans le concours du débiteur, dans le cas où celui-ci persiste dans son refus, après la condamnation. » Et la Medjellat dans son article 757 : « Si le débiteur refuse, le juge vend le gage et acquitte la dette. »

(4) Cf. CHARANI, *op. cit.*, p. 306.

peuvent être mises en gage, mais, quant à les vendre malgré lui, on ne se hâtera pas (1). »

Sur la vente par autorité de justice, il est dans les textes très peu de détails. Elle a lieu aux enchères; l'adjudication est faite au comptant, au plus offrant et dernier enchérisseur, moyennant un prix convenable, faute de quoi il est procédé à une nouvelle mise en vente. Le créancier, bien entendu, se paie par préférence sur le prix, qui en provient.

Telles sont les règles à suivre, d'après le droit musulman, envers le débiteur. Le principe de l'inviolabilité de la propriété les domine, aussi l'exécution sur les biens est-elle une procédure extraordinaire.

(1) Cf. EBN ACEM, art. 1435.

CHAPITRE III

DE LA PRESCRIPTION (1).

I

Le droit musulman ignore la prescription, ce déni de justice, que justifie seulement l'intérêt, qu'il y a, à ce que la propriété ne demeure pas éternellement incertaine : « Ne quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent (2). » Son but est, en effet, de consacrer *droit* un état de fait préexistant. Les anciens la considéraient comme la patronne du genre humain et les rédacteurs du Code civil disaient, dans l'exposé des motifs du Titre de la prescription, qu'elle était « une des institutions les plus nécessaires à l'ordre social ».

En vérité, sans l'usucapion tout patrimoine se trouverait exposé à d'incessantes revendications. Comment devient-on propriétaire? Acquisitions, donations, successions! Nul ne peut se prétendre de droits plus forts

(1) Cf. MORAND : *Etudes de Droit musulman algérien*, p. 361.

(2) Cf. DIGESTE, L. 4 : *De usucapione et usurpatione*.

que ceux de son auteur et la question se pose, à nouveau, invariable, pour tous les possesseurs successifs de la chose. Il est une seule preuve de la propriété : celle qui s'administre par la preuve de l'usucapion.

Le législateur aurait pu aboutir au même résultat, en considérant l'inaction du demandeur. La prescription a pour effet le maintien d'un état de fait; le temps peut donc anéantir un droit comme l'action, qui en découle. C'est là la prescription extinctive.

Cependant, tandis que l'usucapion consolide le droit de propriété activement et passivement « *usucapio prodest tam ad agendum quam ad excipiendum* », la prescription extinctive constitue seulement un moyen de défense, une exception.

Aussi, le droit français les connaît-il toutes deux et il en est de même de toutes les législations modernes. Acquisitive ou extinctive, la prescription est *utile*. Il suffit.

Mais le droit musulman néglige l'utile. Appuyant ses règles exclusivement sur le *juste*, il ne saurait légitimer, de quelque manière, l'usurpation. Proudhon ne disait-il pas : « La propriété, c'est le vol » — « La prescription (*murour-i-zemam*) ne figure pas au nombre des modes d'acquisition (1). », affirment Padel et Steeg; et Clavel : « En droit musulman, l'usucapion n'existe pas, la prescription acquisitive y est inconnue (2). » De fait, les auteurs musulmans, quand ils envisagent

(1) Cf. PADEL et STEEG : *Législation foncière ottomane*, p. 160.

(2) Cf. CLAVEL : *Le Waqf ou Habous*, préf., p. II.

les effets d'une possession prolongée, ne parlent jamais d'acquisition de la propriété.

Ebn Acem est le seul, qui admette formellement l'usucapion parmi les modes d'acquérir la propriété : « L'étranger (1), s'il possède un immeuble en vertu d'un titre pendant dix ans, en acquiert la propriété (2). » Mais, d'après le commentaire de ce texte donné par Miara, l'hypothèse visée est très particulière : un individu achète un immeuble d'un non-propriétaire. La vente est connue du véritable propriétaire, le commentaire insiste particulièrement sur ce point. Au bout de dix ans, l'acquéreur possesseur est propriétaire. On doit penser, en effet, que le véritable propriétaire, a *renoncé* à son droit. Ce n'est pas la possession prolongée, mais cette *renonciation*, qui est efficace (3).

C'est la conclusion, qui s'impose à l'observation de Charani, aux termes de laquelle la propriété ne peut être accordée à celui qui possède un bien depuis dix années, que : « Si le demandeur ou le réclamant était présent, pendant que le détenteur usait et disposait de la chose en maître et avait permis à ce dernier la jouissance libre et non contestée de cette chose (4). » Le possesseur ne devient propriétaire que si le « *verus dominus* » y consent. Telle est la portée du texte

(1) La durée de la possession nécessaire à l'usucapion diffère, suivant que le possesseur et le propriétaire sont parents ou non.

(2) EBN ACEM, *op. cit.*, art. 1227.

(3) Cf. MIARA : *Commentaire de la Tohfah*, t. II, p. 176.

(4) Cf. CHARANI, *Balance de la loi musulmane*, trad. PERON et LUCIANI, p. 444.

d'Ebn Acem. Nous remarquerons, de plus, qu'Ebn Acem, Cadi de Grenade en Andalousie, pouvait subir parfois l'influence du droit romain.

Le principe musulman n'en reste pas moins absolu.

Or, El Kharchi, dans son commentaire de Sidi Khalil rapporte encore que le Prophète aurait dit : « La chose appartient à celui qui l'a possédée pendant dix ans (1). » Ce hadith est d'autant plus douteux que les hanéfites ne considèrent pas ce délai de dix années pour l'extinction de l'action en revendication, mais un autre de quinze années.

Nous pouvons donc conclure qu'il n'est pas de prescription acquisitive en droit musulman.

II

En est-il de même de la prescription extinctive? La plupart des auteurs, sinon l'unanimité, reconnaissent son existence. « La prescription ne figure pas au nombre des modes d'acquisition; elle est seulement considérée comme une cause d'extinction des actions en revendication, qui, sans excuses considérées comme valables, n'auraient pas été exercées pendant un certain délai. L'origine de la prescription est donc purement extinctive (2). » La revendication du propriétaire est rendue non recevable. L'action est éteinte.

(1) Cf. EL KHARCHI : *Commentaire de Sidi Khalil*, 7^e partie, p. 242, 2^e édition.

(2) Cf. PADEL et STEEG, *op. cit.*, p. 160. De même NEDJIB H. CHIHA : « La prescription est considérée comme un obstacle à la revendication d'un droit, qui n'a pas été exercé pendant un certain temps. » Cf. *Propriété immobilière en*

Est-ce dire que le *droit* est anéanti? Les auteurs établissent, au contraire, que « si l'action s'éteint par la prescription, le droit lui-même ne se prescrit jamais (1) ». Le fait de ne pas exercer un droit d'action pendant un temps plus ou moins long n'en entraîne pas la déchéance, dit expressément l'article 1674 du Code civil ottoman. Et, de même, Omar Bey Loufty : « La prescription, en droit musulman, n'entraîne pas l'extinction du droit générateur de l'action, mais elle éteint l'action à l'état militant, en ce sens que le non-exercice de cette action pendant un certain laps de temps, l'expose à être écarté par la justice. *Al Takadom* (ou œuvre du temps) ou prescription n'a *aucune influence* sur les droits abstraits ou incorporels; il n'anéantit, par conséquent, ni le droit du propriétaire, ni celui du créancier; mais il forme, tout simplement, une fin de non-recevoir opposable à leur action (2). »

De Tonaw écrivait donc avec raison que le droit musulman n'admettait pas davantage la prescription extinctive que la prescription acquisitive (3). En effet, la prescription ne constitue pas seulement un mode

droit ottoman, p. 595. CLAVEL : « La législation musulmane admet simplement une péremption de l'action utile tendant à la revendication d'un droit. Cf. *op. cit.*, préface p. 11. Enfin SIDI KHALIL déclare simplement : « Qu'aucune demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur non parent, ni copropriétaire, ni associé du demandeur, après dix années de jouissance effective. » Cf. trad. SEIGNETTE, art. 1698.

(1) Cf. CHIHÀ, *op. cit.*, p. 595. Voir aussi PADEL et STEEG, *op. cit.*, p. 160 : « L'action judiciaire seule est éteinte par la prescription. »

(2) Cf. OMAR BEY LOUFTY : *De l'action pénale en droit musulman*, 2^e fasc., p. 56.

(3) Cf. DE TONAW, trad. ESCHBACH, p. 77.

d'extinction d'action. Elle dépouille le créancier ou le propriétaire de son droit. La preuve en est dans la place qu'elle occupe au Code civil français, au chapitre de l'Extinction des Obligations. Elle est *un mode de libération*, un paiement (1).

La loi musulmane l'ignore. Elle ignore tout ce qui n'est pas absolument juste, alors même que l'utilité, voire la paix sociale, le justifierait. *Mieux vaut éviter le nuisible que de procurer l'utile*. Et méconnaître le caractère divin de la propriété individuelle serait nuisible. Les droits sont absolus, inviolables, *éternels*.

III

Il n'existe dans la loi musulmane qu'une paralysation de l'action. L'action est rendue irrecevable et sans force, du fait qu'elle n'a pas été exercée dans un certain délai. Pour qualifier cet effet, force nous est d'employer le terme de prescription. En cela, nous suivons, d'ailleurs, les docteurs de l'Islam. Nous réservons, cependant, qu'il désigne, non pas la perte du droit, mais seulement celle de l'action.

Et, en étudiant les règles qui gouvernent cette prescription, nous confirmerons que son fondement réside, non dans la nécessité d'accorder aux situations de fait une certaine stabilité, mais toujours dans *une présomption de renonciation*, de la part du titulaire, à l'exercice de son action.

Par suite, il ne faut pas que le silence du proprié-

(1) Cf. Code civil français, art. 1234.

taire ait pour cause un empêchement légitime : « Lorsque le propriétaire, qui est resté présent, n'a rien réclamé, bien que rien ne l'ait empêché de revendiquer », dit Sidi Khalil (1). L'absence, l'éloignement constituent, en effet, une cause suspensive de la prescription. Sidi Khalil ne précise pas davantage. Quels sont donc ces *empêchements légitimes*? Le Code civil ottoman dispose : « On n'a point égard au temps, qui s'écoule, pendant que le demandeur est impubère ou en l'état de démence ou d'imbécillité, qu'il ait ou non un tuteur; on n'a pas égard non plus au temps, qui s'écoule, pendant que le demandeur est dans un pays éloigné de celui de son adversaire ou si celui-ci a une puissance telle à faire craindre le procès. On n'a donc égard qu'au temps écoulé depuis que la cause, qui empêchait de prescrire, a disparu (2). » L'article 20 du Code de la Propriété foncière admet les mêmes excuses, comme causes suspensives de la prescription en matière de terres domaniales.

Or ces excuses, l'absence, l'interdiction pour cause de minorité ou de démence, la prépotence, sont-elles les seules? Le texte de Sidi Khalil est beaucoup trop large pour permettre la moindre restriction : « Bien que rien ne l'ait empêché de revendiquer. » Quant au Code civil ottoman, il signale des exemples, après avoir énoncé le principe : « La prescription n'est valablement acquise que dans le cas où il n'y a aucune cause valable, qui l'empêche de courir (3). » L'énumération, qui

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, 335.

(2) Cf. Code civil ottoman, art. 1663.

(3) Code civil ottoman, art. 1663.

suit, ne prétend pas épuiser la règle. Ibrahim Halebi, à cet égard, est particulièrement clair : « La prescription ne court pas dans les cas où des empêchements légitimes ont fait taire une juste réclamation, tels que... (suivent les causes, que nous avons énoncées (1). » Le magistrat a tout pouvoir dans l'appréciation de la légitimité de l'empêchement. C'est la règle romaine : « Agere non valenti non currit praescriptio. » Sidi Khalil considère, ainsi, le propriétaire « excusable d'avoir gardé le silence, s'il ne savait pas où trouver ses preuves ou ses titres de propriété, qu'il a trouvés ensuite, ou bien s'il craignait la violence ou la brutalité du détenteur, ou si ce détenteur était soutenu ou protégé par un homme violent et dangereux, ou si le détenteur était créancier du propriétaire (2). » Excuse encore le fait, pour le propriétaire d'ignorer son droit de propriété et « de n'en avoir trouvé les titres que chez un tel », lorsqu'il le déclare par serment.

L'énumération du Code civil ottoman n'est donc pas limitative. Il n'en est pas moins que l'absence, l'interdiction pour cause de minorité ou de démence et la prépotence sont les excuses les plus fréquentes, aussi les jurisconsultes musulmans les ont-ils envisagées spécialement.

Et tout d'abord, que faut-il entendre par absence ? D'après l'article 1664 du Code civil ottoman, il suffit, pour être considéré comme absent, de se trouver à une

(1) Cf. D'OHSSON, t. VI, p. 240, *Tableau général de l'Empire ottoman*.

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, p. 336.

distance telle qu'elle ne puisse être parcourue qu'en trois jours ou dix-huit heures au moins de marche ordinaire. Point n'est besoin, ajoute Ibrahim Halebi, « d'être sorti des limites de l'Empire ». Sidi Khalil, lui, définit la présence : « Le propriétaire est considéré comme présent, lorsqu'il n'est qu'à une distance de deux jours de route ordinaire, c'est-à-dire sans danger (1). » Faut-il en déduire qu'il est absent, lorsqu'il se trouve à une distance de plus de deux jours de route ordinaire? Ebn Acem, qui dit « présent celui qui se trouve à un jour ou deux de marche (2) », ne considère l'éloignement, cause d'absence, que lorsqu'il atteint « sept ou huit journées de marche (3) ».

On ne passe donc pas brusquement de la présence à l'absence; il y a une période de transition, durant laquelle le juge apprécie souverainement.

D'autre part, ces dispositions ne s'appliquent pas aux femmes. Ebn Acem le dit expressément : « Cette règle s'applique aux hommes, mais non aux femmes (4). » Quelle est la règle pour les femmes? Ebn Acem ne la formule pas; mais Sidi Khalil dit présente une femme, qui « se trouve à sept jours de trajet ».

En résumé, l'absent est le *non-présent*. Il ignore l'usurpation dont il est victime et, son silence ne vaut pas renonciation. Toutefois, il ne faut pas qu'il ait eu l'occasion d'actionner son adversaire : « Lorsque

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V. p. 336.

(2) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, vers 1258.

(3) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, vers 1237.

(4) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, vers 1238.

deux personnes, habitant deux pays entre lesquels il existe une distance nécessitant un voyage de trois jours, viennent à se réunir dans la même localité une fois au bout de quelques années et qu'il s'écoule, ainsi, plus de quinze ans sans qu'aucune action soit intentée, il y a prescription (1). » Du fait de cette réunion, le demandeur est présumé avoir été mis au courant. Son silence n'a plus d'excuse.

Toutes ces présomptions admettent, il est vrai, la preuve contraire. Sidi Khalil autorise ainsi le propriétaire présent à se prévaloir sous serment de son ignorance.

De même que l'absence, l'interdiction est une cause de suspension de la prescription. Celui qui ne peut pas agir doit être assimilé à celui qui ignore l'usurpation, dont il est victime. Son inaction ne peut être considérée comme une renonciation tacite. Or tout interdit, qu'il le soit pour raison de minorité, de faiblesse mentale, démence ou prodigalité, est incapable. Il ne peut pas agir. Son tuteur administre son patrimoine et le représente dans ses actes. Le droit musulman, expression du vrai et du bien, ne saurait infliger à un incapable les conséquences d'une faute, qu'il n'a pas commise et qui se traduiraient par la perte de son action. L'incapacité, l'interdiction suspendent donc la prescription.

Enfin, est une excuse l'état de *dépendance* dans lequel se trouve le propriétaire vis-à-vis de l'usurpateur : « Celui qui a un litige avec une personne, dont

(1) Cf. Code civil ottoman, art. 1665.

il craint la puissance, n'est pas soumis à la prescription, tant que cette personne conserve sa puissance (1). »

C'est ce que Sidi Khalil entendait, quand il parlait de « la violence et de la brutalité du détenteur (2) ». La puissance en pays musulman s'exprime si souvent par la violence et la brutalité que les termes sont synonymes. La prescription ne peut pas s'établir au profit des puissants.

Seul la subit et c'est là notre conclusion, le propriétaire averti, qui ne revendique pas, alors que rien ne l'en empêche.

Mais cette inaction volontaire du propriétaire ne constitue pas l'unique condition de la prescription. Elle en est la face passive. Or le possesseur, qui veut prescrire, doit encore satisfaire à certaines exigences prévues par les textes : « Aucune demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur non parent, ni allié, ni copropriétaire, ni associé du demandeur après dix années de jouissance effective, non contestée par lui, bien que présent et non empêché, à moins que la possession n'ait été dans l'origine, à titre précaire, comme en vertu d'un droit d'habitation (3). »

Ainsi, d'après Sidi Khalil, le possesseur ne doit être ni parent, ni allié, ni copropriétaire, ni associé du demandeur. Il doit avoir possédé pendant dix ans, effectivement, à titre de propriétaire, *animo domini*.

(1) Cf. Code civil ottoman, art. 1663.

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, p. 336.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 1698

Cette possession prolongée est, de toutes les conditions actives de la prescription, la plus importante. Nous considérerons, en l'étudiant, quelles variations elle peut subir, selon que son auteur remplit ou non les conditions requises.

Elle est de dix années, en rite malékite (1). Le Prophète aurait dit : « Qui a une chose à sa disposition pendant dix ans, elle est à lui. » Nous avons déjà dit que l'authenticité de ce hadith n'était pas très certaine; de fait, tandis que certains jurisconsultes préconisent un délai plus court (2), le rite hanéfite exige un délai plus long : « En droit commun la prescription ordinaire est de quinze ans (3). »

Il distingue, d'autre part, pour les immeubles waqf et habous, entre la prescription du simple droit de possession — celle-ci suit le droit commun, c'est la prescription « ordinaire » — et la prescription de la nue-propriété, qui nécessite une possession de trente-six années : « Toute action relative à la nue-propriété d'un immeuble waqf se prescrit par trente-six ans (4). »

Sur le principe de cette distinction, le rite malékite s'accorde avec le rite hanéfite; il fixe, toutefois, le temps requis pour prescrire à trente-trois ans (5).

L'exigence d'un tel délai est un moyen de maintenir les fondations. Les biens habous étant laissés à l'administration de fonctionnaires plus ou moins dili-

(1) Cf. EBN ACEM, vers 1227.

(2) Neuf ans, voire même huit. EBN ACEM, verset 1234.

(3) *Code civil ottoman*, art. 1660.

(4) *Code civil ottoman*, art. 1661.

(5) Voir CLAVEL : « *Le waqf ou habous* », t. I, p. 320.

gents, les docteurs musulmans ont cherché à rendre leur prescription plus rare. Sidi Khalil va même plus loin et d'après lui les biens *constitués* sont imprescriptibles : « S'il s'agissait d'un bien sacré, tel qu'une immobilisation ou d'une construction sur la voie publique, la réclamation et les preuves seraient toujours admises, quelle que fut la durée de l'occupation ou jouissance par le détenteur ou occupant (1).

Le délai de la prescription varie donc, suivant la nature de l'immeuble auquel elle s'applique. De même, il est fonction de la qualité du possesseur au regard du *verus dominus*. Le droit commun ne vise, en effet, que des rapports d'étrangers; les auteurs le disent expressément (2).

Or le possesseur usurpateur peut être un parent, un allié, un associé. Étant donné le caractère patriarcal de la vie musulmane, le propriétaire ne considère pas la possession de cet occupant comme attentatoire à ses droits. Son abstention est une simple *tolérance*. Elle ne saurait être considérée comme une renonciation tacite à un droit.

Et bien plus, certains actes révélateurs entre étrangers, tels : la mise en rapport d'une terre, la perception de fruits, ne le sont pas entre proches. Les juristes musulmans ont distingué suivant le mode de jouissance : « La prescription ne court pas entre ascendants ou descendants directs, sauf en matière de dona-

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V. p. 337.

(2) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, vers 1227. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 1698.

tions, ou lorsque le temps écoulé depuis l'un des actes contraires au droit du revendiquant est tel qu'il n'existe plus de témoin ni de souvenir de ce droit (1). » Ainsi, entre ascendants et descendants directs, la prescription nécessite un acte particulièrement grave, ou une possession illimitée. Pour les autres parents, les proches : « Le délai d'usucapion, d'après Ebn Acem, varie suivant que diffère le mode de jouissance (2). » Par exemple : « S'ils habitent la maison, ensemencent la terre, exploitent le fonds, alors le délai doit dépasser quarante ans (3). » Et en effet, si, durant les premières années, l'idée de tolérance est admissible, lorsque ces actes se répètent sur une très longue durée, ils deviennent suspects et, par suite, entraînent la prescription.

De même, l'idée de tolérance ne peut s'appliquer aux actes qui dépassent le simple usage, et constituent de véritables aliénations. Le propriétaire est alors coupable de négligence. Il est présumé renoncer à ses droits; la prescription de dix ans court contre lui. « Si donc le détenteur a vendu la chose ou l'a donnée en donations ou en bienfaits, ou l'a affranchie..., le propriétaire n'est plus admis à réclamer... (4). »

Cette idée de tolérance, enfin, ne saurait intervenir, lorsqu'il existe entre les parties une inimitié telle que

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 1701.

(2) Cf. EBN ACEM, *op. cit.*, vers 1239.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, p. 337.

(4) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, p. 337. Il y a divergence parmi les auteurs en ce qui concerne certains actes tels : une démolition, une construction, une plantation, une location, etc... EBN ACEM signale deux opinions : Cf. *op. cit.*, vers

les liens de famille sont en quelque sorte rompus (1). De tels parents sont des étrangers. Le droit commun s'applique.

Pour des raisons d'intérêt commun, sinon d'affection réciproque, les associés et copropriétaires sont assimilés aux parents et alliés. Ils commencent à prescrire du jour seulement où ils se révèlent des usurpateurs (2). Leurs prescription est la prescription ordinaire de dix ans. Seul son point de départ est retardé.

Le point de départ de la prescription se trouve donc suspendu, du fait de la qualité particulière du possesseur. Le principe n'en reste pas moins que la prescription nécessite une possession de dix années en rite malékite et de quinze ans dans le rite hanéfite.

Cette possession doit être exempte de précarité. L'usurpateur doit posséder *animo domini* pendant le temps requis; Sidi Khalil le spécifie : « A moins que la possession n'ait été dans l'origine à titre précaire, comme en vertu d'un droit d'habitation (3). » Et Peron explique : « La réclamation du propriétaire est admise ainsi que les preuves, lorsque le propriétaire a fait habiter la propriété par le détenteur actuel, ou la lui a donnée à réparer ou bien à cultiver à titre de petite culture ou d'exploitation agricole par associa-

1243 : « Certains, considérant qu'il y a là réellement et rigoureusement une détention, penchent pour la prescription de dix ans; d'autres, au contraire, pensent qu'il n'y a détention réelle que lorsque l'occupation discrétionnaire a duré un très long temps, soit quarante ans. » Cf. SIDI KHALIL, *op. cit.*, V, 339.

(1) EBN ACEM, vers 1241.

(2) SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, 1699.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, 1664.

tion. Ces circonstances ne font point périmer les droits du propriétaire (1). » Le propriétaire n'a pas renoncé à ses droits. Le Code civil ottoman dispose en ce sens : « La prescription ne peut avoir lieu aussi longtemps que le louage ou le prêt sont reconnus (2). » La précarité s'oppose, par conséquent, à la prescription.

La possession, d'autre part, doit être ininterrompue. En vérité, c'est là une répétition car, en droit musulman, la seule possession considérée est celle qui n'est affectée d'aucune interruption (3). Dès lors, l'absence de toute réclamation, de toute contestation est une condition *sine qua non* de la réalisation de la prescription. On peut, à ce sujet, rapprocher des articles 2244 et suivants du Code civil français le vers 1235 d'Ebn Acem : « Le demandeur, s'il prouve qu'il a agi contre son adversaire dans le délai de l'usucapion tirera de cela profit. » De même, le Code civil ottoman déclare : « L'action intentée par une personne après quinze ans est recevable, si durant cette période elle a réclamé devant le juge, même sans qu'il soit intervenu un jugement, mais la demande extrajudiciaire n'interrompt pas la prescription. En conséquence, si le demandeur a laissé s'écouler plus de quinze ans en ne formulant sa demande qu'extrajudiciairement, son action n'est point recevable (4). »

Le Code civil ottoman est formel. Seule une action

(1) Cf. SIDI KHALIL, trad. PERRON, V, p. 337.

(2) *Code civil ottoman*, art. 1673.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. SREINETTE, art. 1666.

(4) Cf. *Code civil ottoman*, art. 1666.

intentée devant le juge constitue une interruption de la prescription. Toute autre réclamation demeure sans effet (1).

IV

Tels sont les caractères que doit présenter la possession pour engendrer la prescription. Celle-ci se déclanche automatiquement : « Aucune demande ni preuve ne pourra être entendue contre le possesseur (2). » La prescription, en effet, n'a d'autre conséquence que de priver le véritable propriétaire de son action en revendication. Son caractère est *extinctif d'action*. Le possesseur ne saurait se prétendre de sa possession pour affirmer un droit en sa personne. Il ne peut déclarer que le bien possédé pendant dix ans ou quinze ans — suivant qu'il s'agit du rite malékite ou du rite hanéfite — lui appartient du fait de cette possession. Elle lui permet seulement de repousser la revendication du propriétaire. Il ne pourrait donc pas revendiquer s'il perdait un jour sa possession. Les droits ne sont pas l'œuvre du temps. Le vrai propriétaire, reprenant alors son bien, lui opposerait son droit avec succès (3).

Car il conserve, au mépris de la prescription, le droit pur de propriété. Il peut même l'opposer par voie d'action à quiconque ne bénéficie pas de la prescription

(1) Cf. Sur cette idée : EBN ACEM, *op. cit.*, note 1158 de MM. HOUDAS et MARTEL.

(2) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, art. 1698.

(3) Cf. SIDI KHALIL, trad. SEIGNETTE, 1664.

accomplie. Au regard de tous il a, d'ailleurs, toujours la faculté d'agir autrement que par action.

Le domaine de la prescription comporte donc, en droit musulman, des limites étroites. Dans la mesure où elle est admise, elle ne saurait porter atteinte à l'idée que nous avons voulu dégager dans le cours de cette étude : le caractère divin du droit de propriété.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHELEMY

Vu : Le Président de la Thèse,
GEORGES RIPERT

Vu et permis d'imprimer
le Recteur de l'Académie de Paris :
APPELL

BIBLIOGRAPHIE

ABOU YOUSOF : *Le livre de l'impôt foncier*, traduit et annoté par E. Fagnan, 1921.

AMAR : *Organisation de la propriété foncière au Maroc* (Thèse, Paris, 1912).

ANQUETIL-DUPERRON : *Législation orientale* (Amsterdam, 1778).

ARTIN BEY : *La propriété foncière en Egypte* (Le Caire, 1883).

BELADHORI : *Liber expugnationis regionum* (Lugduni Batavorum, 1863-1866).

BELIN : *Etude sur la propriété foncière en pays musulmans et spécialement en Turquie* (Extr. du *Journal asiatique*, Paris, 1862).

BELIN : *Mémoire sur l'origine et la constitution des biens de mainmorte en pays musulmans* (Extr. du *Journal asiatique*, Paris, 1853).

BERTHÉLEMY : *Droit administratif* (Traité élémentaire, 8^e édition).

BUGIER : Voir Porter.

CHARANI : *Balance de la loi musulmane*, traduit par Perron, avec avant-propos de Luciani (Alger, 1898).

CHAUVIN : Voir Dozi.

CHIHA (NEDJIB H.) : *Traité de la propriété immobilière en droit ottoman* (Le Caire, 1906).

CLAVEL (EUG.) : *Le waqf ou habous* (Le Caire, 1896).

DIRAN-LOUSSARARIAN : *L'histoire et la théorie de la propriété foncière en droit ottoman* (Thèse, Paris, 1912).

DOZY : *Essai sur l'histoire de l'Islamisme*, traduit par V. Chauvin (Leyde, 1879).

DOZY : *Histoire des musulmans d'Espagne* (Leyde, 1861).

DUCAURROY : *Législation musulmane summite* dans le *Journal asiatique* (années 1848 à 1853).

DUSTOUR : *Recueil officiel des lois*. (Les trois premiers volumes en 1289. Le quatrième en 1296, avec 4 suppléments Zeïle, de 1296 à 1302.)

EBN ACEM : *Traité de droit musulman. La Tohfah*, traduit et annoté par Houdas et Martel (Alger, 1882-1893).

EL KHARCHI : *Commentaire de Sidi Khalil* (2^e édit.).

EL MAWERDI : *Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, trad. et ann. par E. Fagnan (Alger, 1915).

EN NAWAWI : *Minhadj-at-Talibin*, trad. par Van den Berg.

HOUDAS : Voir Ebn Acem.

HUART : *Histoire des Arabes* (1912).

KASIMIRSKY : *Le Coran*, trad. nouvelle (Paris, 1840).

KREMER (ALF. VON) : *Kulturgeschichte des Orients unter den Chalifen* (Wien, 1875).

LEIRITZ (DE) : *Revue algérienne* (1894).

LESCURE : *Du double régime foncier de la Tunisie*.

LUCIANI : Voir Charani.

MARTEL : Voir Ebn Acem.

MERCIER (E.) : *Le Hobous ou Ouakof, ses règles et sa jurisprudence*, dans la *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence* (1895).

MIARA : *Commentaire de la Tohfat*.

MICHAUT BELLAIR ET AUBIN : *La propriété foncière au Maroc*.

MILLIOT : *Les terres collectives dans la législation marocaine* (1921).

MISMER : *Soirées de Constantinople*.

MORAND : *Etudes de droit musulman* (1910).

MOURADGEA D'OHSSON : *Tableau général de l'Empire ottoman* (Paris, les cinq premiers vol. de 1788 à 1791, et les trois derniers en 1824).

CHAPTRE II : La vivification.....	45
I. — De la terre morte.....	45
II. — De la « mise en valeur » ou vivification.....	51
III. — De la nécessité d'une homologation du représentant de la communauté musulmane ou « Iktaa ».....	55
IV. — Dieu fait donation au vivificateur de la terre qu'il a vivifiée.....	61
V. — La propriété ainsi acquise est la propriété « melk ».....	65
DEUXIEME PARTIE : Caractères de la propriété immobilière	69
CHAPITRE PREMIER : De l'expropriation pour cause d'utilité publique	74
I. — La communauté musulmane ne peut, en aucun cas, disposer des biens de ses membres	74
II. — De la loi du 21 Djemazi-ul-ewel 1295 en Turquie	80
CHAPITRE II : De l'exécution sur les biens	88
I. — La contrainte par corps est le mode normal d'exécution. Elle participe d'un principe d'autorité	88
II. — Tout débiteur solvable, maître de ses droits, est passible de contrainte par corps	94
III. — Du cautionnement	97
IV. — De l'indigence du débiteur	100
V. — Du créancier rahniataire	102

CHAPITRE III : De la prescription.....	106
I. — Le droit musulman ignore l'usuca- pion	106
II. — Ignore-t-il la prescription extinctive?	109
III. — De la prescription selon la législation musulmane et de ses conditions....	111
IV. — De ses effets.....	122

CHAPITRE III : De la prescription	100
I. — Le droit musulman ignore l'usufruit	100
II. — Ignore-t-il la prescription extinctive	100
III. — Est la prescription selon la législation musulmane et de nos voisins	101
IV. — De ses effets	102

IMPRIMERIE-RELIURE VERTONGEN

50, RUE SAINT-LAZARE

PARIS.